

النَّيَابَةُ فِي التَّصْرِيفِ الْقَانُونِيِّ طَبِيعَتُهَا وَأَحْكَامُهَا وَتَنَازُعُ الْقَوَانِينِ فِيهَا

د. جمال مرسى بدر



المكتبة العامة للكتاب



د. جمال مرسي بدر

النيابة في التصرفات القانونية طبيعتها وأحكامها وتنازع القوانين فيها



المكتبة العامة للعلماء والباحثين

١٩٨٠

الطبعة الثانية

« انى رأيت أنه لا يكتب انسان كتابا فى يومه الا قال فى
غده : لو غير هذا لكان أحسن ، ولو زيد كذا لكان
يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان
أجمل . وهذا من أعظم العبر ، وهو دليل على استيلاء النقص
على جملة البشر » .

العماد الاصفهاني
(المتوفى سنة ٥٩٧ هـ)

تصدير الطبعة الثالثة

هذه الطبعة الجديدة هي ثمرة اتصال لم ينقطع بموضوع النيابة في التصرفات القانونية منذ ظهرت الطبعة الأولى من هذا الكتاب في سنة ١٩٥٤ ، وقد شجعنا على المضي في هذا المجهود أن كتابنا - بالرغم من انقضاء تلك السنوات الطوال - لا يزال المرجع الأساسي الوحيد في موضوعه بالعربية .

وقد أتاح لنا متابعة كل جديد في التشريع والفقه والقضاء في موضوعنا أن نضيف إلى محتويات الطبعة الثانية التي نشرت سنة ١٩٦٨ ما صدر في الفترة بين الطبعتين من نصوص تشريعية وما ظهر من آراء فقهية أو اتجاهات قضائية سواء في بلادنا العربية أو في البلاد الأخرى التي تدخل ظلها القانونية في نطاق هذه الدراسة المقارنة التي تصبح بذلك متمشية مع حركة التشريع وتقدم الفقه واجتهاد القضاء فضلا عن شمولها للفقه الإسلامي بوصفه أحد النظم القانونية التي قارنا بين أحكامها بشأن النيابة .

وإذا ذكرت حركة التشريع فلا بد من الإشارة الى أن الفترة بين هذه الطبعة وسابقتها شهدت صدور ثلاثة تقنينات مدنية عربية هي القانون المدني السوداني الصادر سنة ١٩٧١ والقانون المدني الجزائري الصادر سنة ١٩٧٥ والقانون المدني الأردني الصادر سنة ١٩٧٦ ، والتقنينان السوداني والجزائري حلقتان في سلسلة توحيد القانون المدني بين الأقطار العربية التي كانت حلقتها الأولى القانون المدني المصري الحالي الصادر سنة ١٩٤٨ ، غير أن القانون المدني السوداني لم يلبث أن صدر قانون بالغائه لأسباب محلية لا نخوض فيها هنا وحل محله فيما يخص موضوع هذا الكتاب قانون الوكالة لسنة ١٩٧٤ ، وقد ضمنا هذه الطبعة الثالثة اشارات الى نصوص القانون المدني الجزائري وقانون الوكالة السوداني والقانون المدني الأردني كما أضفنا اشارات الى مجلة الالتزامات والعقود التونسية لم تكن واردة في الطبعة الثانية وذلك حتى يصبح هذا الكتاب - الى كونه مرجعا للباحثين في موضوعه - أداة عملية مفيدة للمشتغلين بالقانون في أكبر عدد من الأقطار العربية .

وان كل ما أضفناه أو أعدنا النظر فيه أو استحدثناه لهو مصداق كلمة العماد الأصفهاني التي صدرنا بها هذا الكتاب في طبعاته الثلاث وهي عذرنا الذي نتقدم به عما قد يكون في عملنا من نقص نرجو أن يمزوه القارئ الى القصور لا الى التقصير .

المؤلف

مقدمة

١ - لفكرة النياية في مختلف فروع القانون تطبيقات تكثر عدد بقدر ما تزداد تنوعا وهي تطبيقات تسمح حتى تشمل ما بين القانون العام والقانون الخاص من مجالات فسيحة ، فالقانون العام الدستوري يعرف فكرة النياية كأساس للنظام الديمقراطي الذي يشمل في الحكومة « النياية » ، كما يعرفها القانون العام في فرعه الدولي كأساس للتشيل الدبلوماسي حيث ينوب السفراء عن دولتهم لدى الدول الأجنبية ، كما تبرز فكرة النياية عن الجماعة الدولية في نظم الائتداب والوصاية حيث تنوب الدولة المنتدبة أو الوصية عن جماعة الدول في حكم الدولة المتأخرة الموضوعة تحت الائتداب أو الوصاية .

ولئن كانت هذه هي بعض تطبيقات فكرة النياية في فروع القانون العام ، فإن لتلك الفكرة في مختلف فروع القانون الخاص تطبيقات ليست أقل عددا ولا لادنى تنوعا ، فقانون المرافعات يعرف جيدا فكرة النياية عن الخصوم في الدعوى وينظم أحوالها ويحدد القواعد التي

تحكمها ، والقانون التجارى فى تنظيمه للأفلاس لا يجعل فكرة النيابة كأساس لعلاقة السنديك بالمفلس وبجماعة الدائنين ، كما أن فكرة النيابة ليست غريبة عن بعض أحكام قانون الشركات وبعض أحكام قانون التجارة البحرى •

فإذا عرضنا للقانون المدنى وجدنا لفكرة النيابة فيه آثارا متعددة مفرقة فى مختلف النظم المدنية فنقابل النيابة فى صدد علاقة الموكل بالوكيل وعلاقة الفضولى برب العمل وعلاقة الوصى بالقاصر ثم نقابلها أيضا فى علاقة المتبوع بالتابع كما تعرض لنا تلك الفكرة فى علاقة الدائن بالمدين حيث « ينوب » الدائن عن مدينه فى رفع الدعوى بحقوق المدين وتعرض لنا النيابة كذلك فى علاقة التضامنين بعضهم البعض حيث يعتبر المدين قائبا فى التصرف النافع عن سائر التضامنين معه ، ثم أن « الانابة فى الوفاء » لا تخطو من الماع الى فكرة النيابة •

٢ - ولئن دل تعدد هذه التطبيقات وتنوعها على شيء فانما يدل على أن فكرة النيابة بصفة عامة ينقصها الكثير من التحديد فهى لذلك تستخدم فى مواضع مختلفة ليس بينها ارتباط حقيقى كما أن تعبير النيابة يطلق على أوضاع كثيرة متباينة لا جامعة بينها الا ذلك التعبير غير المحدد الذى يتسع بفضل عدم تحديده لنظم لا تربطها رابطة فنية ولا وحدة صحيحة •

لهذا كله كان من الحتم أن نحدد نطاق هذه الدراسة تحديدا دقيقا تقتضيه ضرورات البحث العلمى ويستلزمه الاحتراز من توزيع الجهد فى أكثر من ميدان ولهذا كان عنوان هذا الكتاب واضحا فى الدلالة على اقتصار البحث على ميدان القانون الخاص ثم اقتصاره من

ذلك الميدان على نطاق التصرفات القانونية ، فالنيابة في التصرفات القانونية هي موضوع دراستنا .

أما كيف تعرض النيابة في التصرفات القانونية فيمكن إيضاحه — من غير الأخذ مقدما بتعريف معين للنيابة — عن طريق تقرير الواقع في حالات النيابة في التصرف القانوني ويتجلى ذلك الواقع في أن تصرفا قانونيا معينا يتولى إبرامه شخص يسمى النائب فتقع آثاره مباشرة في ذمة شخص آخر يسمى الأصل بحيث لا يكون للنائب الذي يباشر التصرف شأن بآثاره التي ينفرد بها الأصل والفير الذي تعامل معه النائب .

ولفكرة النيابة — محددة على هذا الوجه — تطبيقات كثيرة في القانون المدني وهي تطبيقات يتجلى في ذبوعها ما لنظام النيابة من أهمية عملية قصوى في الحياة المدنية حتى صح أن يقال أنه « ان كان هناك نظام تقابله في كل خطوة من خطوات الحياة القانونية اليومية فهذا النظام هو النيابة » (١) .

٣ — والنيابة كنظرية عامة مستخلصة من تطبيقاتها العديدة ليست قديمة في الفقه فهي لم تبرز كنظام له صفة العموم الا في أواخر القرن

(١) يوتكار في تصديره لرسالة ملدراي ص ٩ وانظر سالاميه : الاطوار الاقتصادية والاجتماعية للقانون الخاص للماصر ج ٣ باريس ١٩٥٩ حيث يقول المؤلف (ص ٢١) : « لك كانت النيابة في سنة ١٨٠٤ (عند صدور القانون المدني الفرنسي) هي الاستثناء ولكنها لم تعد كذلك فقد اجتاحت اليوم كل الحياة القانونية » ويقول الفقيه الألماني للماصر والفرام مولر — فراينغلس (عيه) « معهد القانون المدني الأجنبي والدول » بجماعة ألبرت لودفيج في فريبورج بآلاتيا الاتحادية) : « أصبحت النيابة في جميع النظم القانونية الحديثة عسرا لا غنى عنه في النظام الاجتماعي القائم على وظائف متنوعة للغاية في كل من مجال القانون العام والقانون الخاص » . اعظم حقا عن النيابة في دائرة المعارف البريطانية الجديدة .

The New Encyclopedia Britannica (1974), Macropædia, Vol. 1, pp. 291-294.

الماضي وفي مطلع هذا القرن المشرعن على يد الفقهاء الألمان والإيطاليين ثم الفرنسيين (١) الذين اتجهوا في دراستهم الى استخلاص مقومات النيابة من تطبيقاتها كالوكالة والفضالة وغيرها والى ابراز كيان النيابة التميز حتى استوت لها نظرية عامة تنبسط على كثير من النظم ولكنها لا تختلط بها بل تميز عنها بمقوماتها الذاتية وأركانها الخاصة .

وطبيعى أنه ينعكس على النصوص التشريعية الافتقار الى نظرية عامة في النيابة وهذا نجد التقنيات المختلفة خلوا - الى عهد قريب - من فصوص تتناول النيابة بصفة عامة الى جوار النصوص المنظمة لمختلف تطبيقات النيابة من وكالة وفضالة وصاية الى غير ذلك مما أوردهت التقنيات المختلفة في مكانه بين المقود الخاصة أو بين نظم حماية ناقصى الأهلية .

ولم يكن القانون المدنى المصرى يختلف في هذا النص عن مصدره الأهم وهو تقنين نابليون فكلاهما لم ينظم النيابة بنصوص عامة ترد في موضعها من صدر المجموعة بين المواد التى تحكم انعقاد التصرفات القانونية الى أن جاء قانوننا المدنى الصادر فى سنة ١٩٤٨ وسد هذا النقص فى المواد ١٠٤ وما بعدها التى رسمت « القواعد الأساسية لنظرية عامة فى النيابة فى التماقد لا تثير لها فى التقنيات الراحنة » (٢) .

وقد سارت على النهج نفسه قوانين البلاد العربية التى استمدت

(١) أما اللغة الانجليزية واللغة الأمريكية فيتميزان بالخلو من محاولات اقامة بناء نظرى لنظام النيابة ولا غرابة فى ذلك اذ ان التفكير الانجلو سكسونى - لنظية الطابع الصل عليه - ينأى عن يتأى عن المضاربات العقلية ولا يحفل كثيرا باستخلاص النظريات فى كل مجال ومع ذلك فالمعروف تاريخيا أن النيابة كنظام جامع لتطبيقاته العملية لم يبدأ فى الظهور فى احكام القضاء الانجليزى ثم الأمريكى الا ابتداء من القرن التاسع عشر انظر سوليفر ص ١٤ .

(٢) المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى ج ٤ ص ٥٠ .

من التقنين المدني المصري فالقانون المدني المصري الصادر في ١٨ مايو سنة ١٩٤٨ قد تناول الأحكام العامة للنيابة في المواد ١٠٥ - ١٠٩ منه وتناولها القانون المدني الليبي الصادر في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٣ في المواد ١٠٤ - ١٠٨ منه كما تناولها القانون المدني السوداني الصادر في ٣١ مايو سنة ١٩٧١ في المواد ٨٩ - ٩٣ منه وكذلك القانون المدني الجزائري الصادر في ٢٦ سبتمبر سنة ١٩٧٥ في المواد ٧٤ - ٧٧ منه ، ومواد النيابة في هذه القوانين مأخوذة عن مثيلاتها في القانون المصري بنصوصها تقريبا (١) وعلى ذلك يصح أن يعتبر هذا الكتاب دراسة لنظرية النيابة في جميع قوانين البلاد العربية المأخوذة عن القانون المصري مع التاربع التي غيرها من قوانين الدول العربية . ولا يفوتنا هنا أن تمتد بهذه الخطوة الهامة نحو توحيد قوانين البلاد العربية راجين أن تمتد هذه الحركة الى سائر الدول التي ما زالت تحتفظ بتقنيناتها القديمة بحيث تصل وشيكا الى ما يروى اليه رجال القانون العرب الا وهو القانون المدني العربي الموحد (٢) .

هذا وإن أول تقنين أبرز وجود النيابة المستقل ونظمها في نصوص لها صفة العموم هو التقنين المدني الألماني الصادر سنة ١٨٩٦ والمطبق ابتداء من يناير سنة ١٩٠٠ وذلك في المواد من ١٦٤ الى ١٨١ منه وتلاه قانون الالتزامات السويسري فأفرد للنيابة بصفة عامة المواد من ٣٧

(١) فيما عدا المادة ٨٩ من القانون المدني السوداني التي تختلف من الجوانب القليلة لها في القوانين المدنية العربية الأخرى . انظر ما يلي البنود ٢٣ ، ٢٧ ، ٥٠ مكرر و ٥٦ . أما القانون المدني العراقي فإنه لم يتناول الأحكام العامة للنيابة ولكنه يحتوي في باب الوكالة على البنود ٩٤٢ ، ٩٤٣ اللذين يتناولان المدينين ١٠٥ و ١٠٦ من القانون المدني المصري .

(٢) يجد القارئ عرضا تاريخيا للمرحلة الأولى من حركة توحيد القوانين في البلاد العربية في محاضرة المؤلف التي ألقى في المؤتمر الثاني للمحامين العرب للمنطقة بالقاهرة في مارس ١٩٥٦ والمنقودة في « كتاب المؤتمر الثاني للمحامين العرب » ، القاهرة ١٩٥٦ ص ١٦١ - ١٧٢ .

الى ٤٠ (١) اما مشروع الالتزامات الفرنسى - الايطالى فقد تناولها
فى المواد ٣١ وما بعدها .

وكذلك القانون المدنى الايطالى الحالى الصادر سنة ١٩٤٢ فقد
نظم النيابة فى المواد من ١٣٨٧ الى ١٤٠٠ كما أن اللجنة التى كان مهمودا
اليها تنقيح القانون المدنى الفرنسى لم تغفل أمر النظرية العامة للنيابة
فخصصتها بالمواد من ٢٠ الى ٣٤ من مشروعها (٢) .

٤ - على أن حداثة العهد بالنظرية العامة للنيابة لا يعنى أن هذا
النظام كان مجهولا من القوانين المختلفة حتى ذلك العهد القريب فقد كان
للنيابة - كما سبق القول - كثير من التطبيقات فى قوانين مختلف البلاد
منذ أبعد الأزمنة فقد عرفت تلك القوانين الوكالة كما عرفت القضاة
وعرفت النظم الخاصة بحماية ناقصى الأهلية الى غير ذلك من تطبيقات
النيابة ، ولا غرو فإن حياة الأفراد فى المجتمع تتطلب تضامهم وتعاونهم
ومن صور ذلك التضامن والتعاون نيابة بعضهم عن بعض فى مباشرة
التصرفات القانونية ولقد قيل من زمن بعيد لـ « ما كان من قبيل
العاديات الجارية بين الخلق فى الاكتسابات وسائر المحاولات الدنيوية
التي هى طرق الحطوط العاجلة كالمقود على اختلافها والتصارف المالية
على تنوعها .. يقوم فيها الانسان عن غيره وينوب منابه .. فى استجلاب
المصالح له ودرء المفاسد عنه بالاعانة والوكالة ونحو ذلك مما هو فى
معناه » (٣) .

(١) وكأبدا فى قانون الالتزامات التركى المنقول عن القانون السويسرى للمواد
٢٢ - ٤٠ وهى مأخوذة بنصها من المواد المناظرة لها فى القانون السويسرى بحيث يمكن
اعتبار ما رجعنا اليه من مراجع تركية امتدادا للقانون السويسرى .
(٢) أوردنا فى ذيل هذا المؤلف الخصوص العامة للتعلقة بالنيابة فى مختلف
التقنيات .
(٣) الشاطى : المواقف فى اصول الفرية ج ٢ ص ٢٢٧ =

على أن الأمر المباشر للنيابة - بمعنى وقوع نتائج تصرف النائب في ذمة الأصل مباشرة وعلى وجه الاقتصاد - وهو الخاصية البارزة لنظام النيابة في القوانين الحديثة لم يكن مسلما به عند فقهاء الرومان على إطلاقه بل أن القاعدة في القانون الروماني كانت إبقاء ذلك الأمر المباشر وكان الاستثناء هو وقوعه في حالات معينة أغلبها ما كان متعلقا بنيابة الأشخاص الخاضعين لسلطة رب الأسرة (كالابن والرقيق) في جعل رب الأسرة دائما باطلاق ، وفي جملة مدينا في حالات خاصة وبعيدود معينة أما من لم يكن خاضعا لسلطة غيره فلم يكن قيامه بالتصرف لحساب ذلك الغير منتجاً لأمر مباشر وإنما كانت آثار التصرف تجم في ذمة النائب الذي لا يعرف التعاقد الآخر غيره . ثم تطوّر القانون الروماني فأعطى الغير المتعاقد مع النائب دعوى قبل الأصل يجانب دعواه قبل النائب اللهم الا اذا كانت النيابة قانونية (كنيابة الوصي والقيم) فقد كان للنائب في هذه الصورة دفع يدفع به دعوى الغير ضده بحيث لم يكن للغير أن يرجع الا على الأصل فكانت النيابة في هذه الصور (أى في حالات النيابة القانونية) نيابة كاملة ذات أثر مباشر (١) .

« ومن أقوال الفقيه الروماني بول في الديجست » أن أصل التوكيل مستمد من الواجب الإنساني ومن عاقلة الزدة « *Originem ex officio at que amicitia trahit mandatum* » والتعريف لقاضي التفتاة عيه المميز فهمي في « قواعد وآثار فقهية رومانية » من منشورات كلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول - القاهرة سنة ١٩٤٧ ص ٤٦ رقم ١٠٨ .

(١) انظر في قاعدة إبقاء النيابة في القانون الروماني ومداخل عليها من التعديلات استجابة لضرورات العمل : جيرار *Manuel élémentaire* الطبعة السادسة ص ٦٧٨ - ٦٩٠ وكرونيل : القانون الروماني بروكسل سنة ١٩٧١ ص ٢٠٩ - ٣١١ كيك : *Manuel des institutions juridiques des Romains* باريس سنة ١٩٧٨ ص ٤٠٣ - ٤١١ نظرية البلد بند ٢٠١ حاشية ١ - والوسيط ج ١ بند ٨٣ حاشية ١ ورواست ٣٨ - ٤١ وفيليق دساته : فكرة النيابة في القانون الروماني - مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٤٥ ص ١١١ وما بعدها .

ولئن بحثنا عن علة قاعدة اقتصار آثار التصرف في القانون الروماني وعدم التسليم بقاعدة الأثر المباشر للنيابة وجدنا ذلك راجعا إلى علة اعتبارات هي :

١ - أن السياسة الشرعية للمقنن الروماني كانت تهدف دائما إلى رعاية الاستقلال الاقتصادي للفرد الحر تمييزا له عن الرقيق وقد انضمت رعاية هذا الاستقلال ألا ترجع آثار تصرف الفرد إلا على نفسه دون غيره (١) . ويؤكد هذا النظر أن نيابة الأشخاص الخاضعين لسلطة رب الأسرة كانت مقررة من أول الأمر في كل ما يحصل رب الأسرة دائما ثم امتدت إلى جعله مدينا في بعض الأحوال المينة بينما لم تنظر نيابة الأفراد الحرة بعضهم عن بعض إلا بعد تطور طويل وفي أحوال خاصة .

٢ - أن الشكليات التي كانت الطابع المميز للقانون الروماني لم تكن لتستلزم بأن تتجاوز آثار التصرف الشخص الذي تولى العقود والأشكال التي يقوم عليها التصرف إلى شخص آخر لم يشترك في تلك العقود والأشكال .

٣ - أن النظرة الرومانية إلى الالتزام نظرة شخصية بحتة ومنطق المذهب الشخصي في الالتزام يقتضي ألا يتعدى الالتزام أشخاص القائمين بالتصرف القانوني الناشئ عنه الالتزام إلى غيرهم ممن لم يشترك في إبرام التصرف (٢) . ومن هنا كان من القواعد المقررة في القانون الروماني أن «المقود» لا تتعدى تغير أحوالها بثقل ولا ضرر»

(١) هذا الاعتبار في رأى الفقيه الألماني شلو سفلر هو العلة الوحيدة لقاعدة التنا.

النيابة في القانون الروماني - أنظر بويسكو - دامنسيانو ص ٢٩ - ٣٠ .

(٢) لهذا قال الفقيه الألماني Puchta من قاعدة انطواء النيابة في القانون الروماني أنها متشعبة تماما مع طبيعة الالتزام - أنظر بويسكو ودامسيانو ص ٢٧ - والفقيه المذكور هو صاحب نص النيابة بأنها فطرية منطقية : أنظر ما يلي بند ١٤ حاشية .

وأن لا يحكم العقود الاقتصار « (١) وأن « لا تشبهه في عدم التزام
اقتضاء بمقد غيره » (٢) .

على أن قاعدة انتفاء النيابة وإن كانت وليدة المنطق القانوني
الروماني البحث إلا أن الرومان ما لبثوا أن واجهوا التنازع الذي
قام بين ذلك المنطق المجرد وبين ضرورات العمل ومن هنا وجدت في
القانون الروماني الأوضاع المتعددة التي تخفف من وطأة القاعدة الأصلية
والتي ألمنا إليها فيما تقدم وسار تطور القانون الروماني سيرا بطيئا
نحو التوسع في اقرار النيابة وإن كان ذلك القانون لم يبلغ قط مرحلة
اقرار النيابة المباشرة كنظام عام شامل كما هو الشأن في القوانين الحديثة
وظل العقل الروماني متأثرا أبدا بما يبدو في ارتباط شخص بنتائج
تصرف غيره من خروج ظاهري على طبائع الأشياء .

٥ - وتعود بنا العبارة الأخيرة الى تحديد نطاق هذا البحث ،
اذ ليس كل تدخل من الغير في أمر التصرف القانوني يعتبر نيابة كما
أنه ليس من الحتم أن ينطوي كل استثناء من قاعدة اقتصار آثار
التصرف على شخص عاقله على نيابة .

فالنيابة بمعناها الفني الدقيق الذي سنلتزمه طوال هذا البحث
هي - كما سيتضح من دراستنا لطبيعة النيابة في الكتاب الأول - نيابة
في الإدارة التي يتمد بها التصرف مع بقاء النائب بمزله عن أعماله
التصرف التي لا تلحق سوى الأصل ، وعلى ذلك ينبغي أن نستبعد من
نطاق البحث أوضاعا كثيرة لا تدخل في مدلول النيابة على الوجه المتقدم

Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesset potest (١)

والتعريب لمبه المزيق فهمي للرجح السابق من ٩٩ رقم ٩٨٩ .

Certissimum est ex alterius contractu neminem obligari (٢)

والتعريب لمبه المزيق فهمي للرجح السابق من ٩٣ رقم ٩٩٠ .

وهذه الأوضاع نوعان : نوع يكون فيه الشخص غير الأصل دور ما في التصرف القانوني من غير أن يتعد ذلك التصرف بإرادته هو ، ونوع نجد فيه خروجاً على قاعدة اقتصار آثار التصرف من غير أن يكون من امتقد التصرف بإرادته غريباً عن آثاره .

٦ - فمن النوع الأول من هذه الأوضاع الخارجة عن نطاق النيابة :

(١) الرسالة : فقد يحدث أن يرم عقد بين شخصين عن طريق رسول ينقل إرادة أحدهما للآخر وهذا الرسول وإن لعب دوراً في إبرام التصرف القانوني إلا أن تدخله في أمر التصرف لا يدخل هذا الوضع تحت بدلول النيابة إذ أن الدور الذي للرسول في هذه الصورة هو دور مادي بحث لا يتجاوز مجرد نقل إرادة أحد الطرفين للآخر شأنه في ذلك شأن الكتاب أو آلة التليفون فهو مجرد أداة لنقل إرادة المتعاقد بينما النيابة تقتضي من النائب نشاطاً ارادياً لا مجرد نشاط مادي إذ أن النائب يعبر في التصرف عن إرادة خاصة به تبنى عليها - بتوافقها مع إرادة الطرف الآخر - آثار تلحق بالأصل مباشرة .

ومن هنا لم يكن لعلم الرسول أو جهله مضمون الرسالة قيمة أو أثر ومن هنا أيضاً يستوى الرسول الذي ينقل مجرد قبول يبجل علام يعود والرسول الذي ينقل إرادة يعلم فحواها وموضوعها تفصيلاً ، كل ذلك لأن الرسول لم يخرج عن كونه مجرد ناقل لإرادة المتعاقد .

بينما النائب نظراً لأعماله وإرادته وقيامه بنشاط ارادي متميز ينبغي أن تتوفر فيه كافة شرائط الإرادة المنتجة لآثار قانونية فيجب أن يكون عالماً بكل ظروف التعاقد وغير واقع في عيب من عيوب الإرادة إلى غير ذلك مما هو مطلوب في كل تعاقد .

ومن هنا كذلك اعتبر التعاقد الذي يتم عن طريق رسول تعاقدًا

من غائبة تحكمه قواعد هذا النوع من التصرفات (المادة ٩٧ من القانون المدني المصري) بينما التصرف الذي يتولاه النائب - ان كان عقداً - يعتبر حاصلًا في مجلس واحد لأن التعاقد هو في الحقيقة النائب والارادة التعاقدية صادر عنه لا عن الأصل .

ولهذا صح القول بأن الرسول في التصرف القانوني انما يتكلم بضمير النائب بمعنى أنه لا يذكر عبارة العقد باعتبارها عبارته وانما يسبها الى الرسل الذي هو التعاقد الحقيقي بينما النائب يتكلم بضمير المتكلم فينسب عبارة العقد الى نفسه وان أرجع آثارها الى الأصل .

فهنا - في الرسالة - وضع رى فيه لشخص خلاف صاحب الشأن دورا في اثناء التصرف القانوني ولكن هذا الوضع لا يخل مع ذلك تحت مدلول النيابة بالمعنى الفني لأن الدور الذي يتولاه الرسول دور مادي بحث لا شأن له بالارادة التعاقدية التي يبنى عليها التصرف .

٧ - (ب) المساعدة القضائية : تناولت المادة ١١٧ من القانون

المدني المصري وضعا آخر ينطوي على تدخل من شخص غير صاحب الشأن في أمر التصرف القانوني ولكن التصرف مع ذلك لا ينعقد بإرادة المتدخل بل بإرادة صاحب الشأن فيه. ومعنى بذلك المساعدة القضائية.

تنص المادة ١١٧ على أنه « اذا كان الشخص أصم أو أكم أو أعمى » « أصم أو أعمى أو أكم وتمذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته جاز » « للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يماوه في التصرفات التي تقتضي » « مصلحته فيها ذلك . ويكون قابلا للإبطال كل تصرف من التصرفات »

« التي تقررت المساعدة القضائية فيها متى صدر من الشخص الذي
« تقررت مساعدته قضائيا برفع معاونة المساعد إذا صدر التصرف بمد
« تسجيل قرار المساعدة » .

وليس نظام المساعدة القضائية من مستحدثات القانون المدني
الحالي فقد أورد القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالمحاكم الحسنية
نفس النظام في المادتين ٤٧ و ٤٨ منه بذلت العبارات الواردة في المادة
١١٧ مدني بفترتها مع تعديلات طفيفة لا تمس الجوهر .

وقد ورد في المذكرة الايضاحية لقانون المحاكم الحسنية بصدد
المساعدة القضائية أن المشرع لم « يأخذ برأى بعض التقنيات في »
« اعتبار الشخص المحتاج للمساعدة محدود الأهلية لأن الواقع من »
« الأمر أن هذا الشخص كامل الأهلية والادراك والارادة ولكنه عاجز »
« بسبب عاهة جسمية لا عقلية عن التعبير عن ارادته بحيث يخشى أن يقع »
« في غلط فيما يبرمه من عقود . وقد قصد المشرع بتعيين مساعد »
« قضائي له أن يكون هذا المساعد مترجما لارادته اذا تعذر عليه »
« التعبير عنها حتى لا يقع في غلط مع من يتعامل معه . وهذا ما يستفاد »
« صراحة من عبارة (وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته) » .

أما عن علة البطلان المقرر بالفقرة الثانية من المادة ١١٧ مدني
والمادة ٤٨ من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ فتقول المذكرة الايضاحية
ذاتها أن تلك المادة قد تضمنت « حكما للتصرفات الصادرة من »
« الشخص الذي تقررت مساعدته بدون معاونة مساعدته القضائي »
« وبسبب هذا النص يكون التصرف بطلانا بطلانا نسبيا على أساس »
« اقتراف وقوع الشخص في غلط وهي قرينة قانونية على التلط »
« لا تقبل الدليل العكسي » .

وظاهر مما تقدم أن التصرف القانوني المقترن حصوله بالمساعدة القضائية إنما تبرمه ائادة صاحب الشأن نفسه وأن المساعد القضائي لا يتمتع بدوره الترجية عن تلك الإرادة بغير أن يكون لإرادته هو دخل ما في إبرام التصرف ومن هنا كانت المساعدة القضائية خارجة عن نطاق النيابة التي هي موضوع بحثنا هذا لذات العلة التي خرجت من أجلها من نطاق البحث التصرفات التي تبرم بواسطة رسول • على أن المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الصادر في ٣٠ يوليو سنة ١٩٥٢ خاصا بأحكام الولاية على المال والذي حل محل الكتاب الأول من قانون المحاكم الصبية قد استحدثت حكما في المادة ٧١ منه يكون فيه المساعد القضائي قائما بالمنى الصحيح وذلك اذ تمنى تلك المادة في فقرتها الأخيرة على أنه « إذا كان عدم قيام الشخص الذي تقررت مساعدته قضائيا بتصرف معين يعرض أمواله للخطر جاز للمساعد رفع الأمر للمحكمة ولها أن تأمر بعد التحقيق باقراء المساعد في اجراء هذا التصرف » • ولا شك في أن التصرف اذا انفرد به المساعد القضائي فإنه يبرم بإرادته هو دون دخل لإرادة صاحب الشأن وتكون هذه الحالة المستحدثة من حالات المساعدة القضائية أشبه بالحجر المخصص بتصرف معين والمساعد القضائي في ذلك التصرف أشبه بقيم خاص • وقد استطردت المادة ٧٣ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فاعتبرت المساعد القضائي « في حكم النائب » في تطبيق أحكام المواد ١٠٨ و ٣٨٢ و ٤٧٩ من القانون المدني وهي الخاصة بتعاقد النائب مع نفسه (م ١٠٨ و ٤٧٩) ويعلم سران التقادم فيما بين النائب والأصيل (م ٣٨٢) وواضح من النص على اعتبار المساعد القضائي « في حكم النائب » أن المساعدة القضائية ليست نيابة اللهم الا في الحالة الوحيدة التي استحدثتها المادة ٧١ من المرسوم بقانون المشار اليه •

٨ - أما النوع الثاني للأوضاع التي يجب تمييزها عن النياية هو ينطوي على خروج على مبدأ اقتصار التصرف ولكنه لا يخلل مع ذلك في نطاق النياية لأن آثار التصرف تلحق في الوقت ذاته الشخص الذي قد يشبه في تلك الأوضاع بالنائب بينما خاصية النياية هي بقاء النائب غريبا عن آثار التصرف - فمن ذلك :

(١) الاشتراط لمصلحة الغير : معلوم أن المنتفع من الاشتراط لمصلحة الغير يكسب حقا مباشرا قبل المتعهد نتيجة للتصرف المبرم بين هذا الأخير وبين المشتري وبذلك تكون أمام وضع لم تقتصر فيه آثار التصرف على طرفيه (المشتري والمتعهد) وإنما تعدتها الى شخص ثالث هو المنتفع فترتب له حقا مباشرا بمقتضى تصرف لم يشترك في إبرامه .

على أن خروج الاشتراط لمصلحة الغير على قاعدة اقتصار التصرف ليس معناه انطواء هذا الوضع على نياية بالمعنى المقصود في هذه الدراسة وذلك لأن التصرف المتضمن الاشتراط لمصلحة الغير لا يني يربط المشتري بالمتعهد ويوقع في ذمة كل منهما آثاره لأنها طرفا التصرف في الواقع نفس الأمر والخاصية التي للاشتراط لمصلحة الغير هي أنه يضيف الى طرفي التصرف الملزمين دوما بآثاره شخصا ثالثا يترتب له حق مباشر قبل أحد الطرفين بينما خاصية النياية المميزة هي في بقاء النائب بعيدا عن آثار التصرف التي لا تلحق الا الأصليل والغير الذي تعامل معه النائب فهذان - دون غيرهما - هما طرفا التصرف اللزمان بآثاره التي لا تلحق سواهما .

لهذا فالمشتري ليس بحال-نائباً عن المنتفع بل هو طرف أصيل في التصرف مرتبط بآثاره واذن فلا نياية في الاشتراط لمصلحة الغير وإن

كان فيه خروج على قاعدة اقتصار آثار التصرف (١) .

٩- (ب) التضامن بين الدينين . - من أحكام التضامن السليمي أن تصرف أحد الدينين التضامنين ينسحب أثره على سائرهم متى كان من شأنه تخفيف عبء الدين ومن المتبادر اللجوء في تبرير هذا الحكم الى فكرة النيابة فيقال أن الدين التضامن نائب عن سائر التضامنين معه في التصرفات النافعة لهم .

على أنه ان صح أن هذا الوضع ينطوي على خروج على قاعدة اقتصار آثار التصرف فمن غير الصواب نسبة هذا الوضع الى النيابة اذ لا نيابة هنا بالمعنى الدقيق طالما كان أثر التصرف النافع واقعا في ذمة الدين المتصرف وقوعه في ذمة زملائه - ذلك أن النيابة تقتضي الى جانب امتداد آثار التصرف الى غير منشئه بقاء منشئه التصرف بمعزل من تلك الآثار والا انتهت النيابة بالمعنى الصحيح وكان تبرير مثل هذا الوضع باللجوء الى فكرة النيابة تبريرا غير سليم ، وسنستوفي هذه النقطة بحثا عند كلامنا على آثار النيابة بالنسبة للنائب .



١٠ - أما وقد حددنا نطاق الموضوع وميزنا عن النيابة النظم القانونية التي ليست منها وان اشتبهت بها والتي تخرج لذلك عن صلب هذه الدراسة فإن في الامكان أن نقول أن المعالم البارزة في موضوع النيابة تمثل : أولا في تحديد الارادة التي ينعقد بها التصرف الحاصل بطريق النيابة ، وثانيا في تفسير نتائج النيابة من حيث ايقاع آثار

(١) تحمل عبارة المادة ١٥٤ من القانون المدني دليل انقضاء النيابة في الاستمرار لصلة الغير إذ قول انه « يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لصلة الغير اذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية أو أدبية » . ذلك أن الأصل في جميع حالات النيابة أن النائب لا يتعاقد باسمه بل باسم الأصول (المادة ١٠٥) كما أن الأصل أن النائب لا تكون له في التصرف للنائب فيه مصلحة ما .

التصرف في شخص الأصل دون النائب ، وثالثا ينافي الأحكام العامة
للنيابة بوصفها نظاما عاما يتميز بعمومه عما يشتمل عليه من نظم خاصة
متعددة لكل منها - الى جوار أحكام النيابة العامة - أحكامه الخاصة
به في القانون .

وقد قصدنا الى تحديد هذه المعالم البارزة في موضوع النيابة في
هذه الدراسة المقارنة التي عمدنا فيها الى استيضاح أحكام مختلف النظم
القانونية في كل نقطة ذات بال من قطب البحث متخذين مثالا للنظم
اللاتينية القانون الفرنسى والقانون الايطالى وللنظم الجرمانية القانون
الالمانى والقانون السويسرى وللنظم الانجلوسكسونية القانون
الانجليزى والقانون الأمريكى غير مقفلين في قس الوقت الشريعة
الاسلامية وإن نظرنا الى آثار فقهاء كوحدة تمثل نظاما قانونيا واحدا
دون اقتصار على آراء مذهب معين دون سائر المذاهب الفقهية .

ولا نزعم أننا استوعبنا دقائق كل نظام من تلك النظم القانونية
أو أننا أحطنا بكل ما جاء به فقه كل قانون من تلك القوانين ولكننا
على أية حال قد أخذنا من كل منها ما يمثل الاتجاه العام للنظام القانونى
أو لفقهه في خصوص النقطة التى هى محل البحث وذلك بالقدر الذى
يسمو عن التقصير المخل وإن جاء دون الاحاطة الشاملة في بعض الأحيان
- وتصدق هذه الملاحظة أكثر ما تصدق على النظام الجرمانى والنظام
الانجلو سكسونى ثم الى حد ما على القانون الايطالى .

ويبرز لجوءنا الى استيضاح أحكام تلك القوانين المتعددة دون
الاقتصار على المقارنة بين قانوننا وبين قانون أجنبى معين أن أحكام
القانون المصرى (والقوانين العربية الأخرى المستمدة منه) في مواد
النيابة مستمدة من أكثر من قانون أجنبى واحد ، فالمشروع المصرى قد
استلهم القانون الالمانى والقانون السويسرى الى جوار القوانين

اللاتينية كما تصرح بذلك المذكرة الايضاحية (١) لذلك كان من المفيد
الالام بأحكام تلك القوانين المختلفة في كل قطعة ذات بال من نقط
البحث .

١١ - وتعدد الارادة التي يعتقد بها التصرف المقترن بالنيابة
ثم تفسير نتائج النيابة على ضوء تحديد تلك الارادة هو ما تتناوله
دراسة الطبيعة القانونية للنيابة وهو ما جعلناه موضوعا للكتاب الأول
من هذه الدراسة تاركين لأحكام النيابة الكتاب الثاني .

وقبل أن نمضي في تفصيل خطة البحث يهنا أن نكرر - وهو
تكرار تستمع له الرغبة في وضع الأمور في نصابها قبل أن ندخل في
الموضوع - أن دراستنا هي عن النيابة في التصرفات القانونية بوجه
عام تدرج تحته - ولا تختلط به - كافة الأوضاع القانونية الخاصة
المنطوية على نيابة والتي تحكمها فضلا عن القواعد العامة للنيابة
قواعدها الخاصة التي يختص بها كل وضع من تلك الأوضاع .

فنحن هنا لا ندرس الوكالة - مثلا - ولا تناول ما بين الوكيل
والموكل من رابطة منشؤها عقد الوكالة وما يرتبه على طرفيه من
التزامات كما أننا لا تناول الوصاية أو القوامة أو سائر النظم الخاصة
بحماية ناقصي الأهلية من حيث قواعدها الخاصة التي لا تبسط على
غيرها من النظم . وإن أشرنا - كما سنشير - الى الوكالة أو الوصاية
أو غيرها من النظم المنطوية على نيابة فانما نشير اليها وتناولها بوصفها
تطبيقات من تطبيقات النيابة ولا يهنا منها الا ما يتجلى فيها من القواعد

(١) « ويرامى أن الأحكام التي تضمنها المشروع في شأن النيابة تعتبر مغالا فريدا
لما يمكن استخلاصه من مقارنة الفرائع . لقد أتبع أحكام التفريق بين المذهب اللاتيني
والمذهب الجرمانى رغم اقتباس نصوص مختلفة من تقنينات كل من المذهبين » المذكرة
الايضاحية لمشروع القانون الذى ج ٢ ص ٥٠ .

العامة التي تحكم كافة الأوضاع المدرجة تحت النيابة دون القواعد الخاصة التي يتميز بها كل وضع عما سواه .

وهذا المنهج تبرره الرغبة في بناء هيكل نظرية عامة للنيابة في التصرفات القانونية متميزة عن النظم التفصيلية المتعددة التي تدخل في نطاق تلك النظرية العامة دون أن تختلط بها ودون أن تستوعبها . كما يرر هذا المنهج الرغبة في حصر الموضوع في نطاق معين تتحقق فيه امكانيات الوصول الى نتائج علمية بدلا من تشعب موضوع البحث الى خصوصيات نظم متعددة يكون فيها الباحث كالضارب على غير هدى في أكثر من واد وهيئات لمثله أن يصل الى غاية جديرة بما يستفذه البحث من جهود .

١٢ - هذا وقد قسمنا الكتاب الأول الخاص بطبيعة النيابة الى باين الأول في عناصر الارادة التي ينمقذ بها التصرف المبرم بطريق النيابة والثاني في تفسير نتائج النيابة مقدمين بين يدي ذلك عرضا لمختلف النظريات التي تعرضت لذلك التفسير وخاتمين الباب بما وصلنا اليه كنتيجة للبحث .

وسند هذا التقسيم والترتيب أن نسبة الارادة التعاقدية الى شخص النائب أو شخص الأصل يستحسن أن يسبقها تحليل تلك الارادة الى عناصرها - من أهلية وسلامة من الميوب - والنظر على هدى الأحكام الوضعية فيمن يتطلب فيه توفر تلك العناصر كلها أو بعضها بحيث يمكن بعد ذلك أن نقول على أساس سليم بأن تلك الارادة هي لهذا أو لذلك ممن يتأزعوها في مختلف النظريات .

ويدو لنا أن النظريات المختلفة التي تبرى لتفسير طبيعة النيابة انما ظهرت بطريقة مستبقة a priori فالراغبون في التمسك

بمبدأ اقتصار آثار التصرف فادوا بنظرية ارادة الأصل أو بنظرية الاقتراض لتى مؤداها نسبة تلك الإرادة آخر الأمر الى الأصل ، وغير المتسكن بذلك المبدأ فادوا بنظرية ارادة النائب ثم اختلفوا بمد ذلك في تبرير الخروج على مبدأ اقتصار آثار التصرف يرجوع آثار تصرف النائب الى الأصل دونه .

١٣ - ولنا أن تسائل هنا عما اذا كان في النيابة فعلا خروج على مبدأ اقتصار آثار التصرفات مادامت فكرة تجريد الالتزام عن الأشخاص قد استقرت في الفقه الحديث .

كما لنا أن تسائل عن قيمة ذلك المبدأ الذي يعتبر عند الكثيرين أصلاً خالداً من أصول القانون وان كانت نشأته عند الرومان ترجع الى مقتضيات منطقهم القانوني الخاص (١) ذلك المنطق الذي ضربت عنه القوانين الحديثة صفحا اذ أقوت ظلما كالنيابة وكالاترابط لمصلحة الغير وكالمقود الجماعية بتطبيقاتها العديدة التي تزداد أهمية وانتشارا مع تطور المجتمعات الحديثة .

ومهما يكن من الأمر فان هذا المبدأ قد اكتسب عند عامة الفقهاء حيية ان لم يستمدها من قيمته الجوهرية فقد استمدتها مما تستشعره النفوس من قداسة القديم (٢) .

(١) لم يسلم مبدأ اقتصار آثار التصرف من حملات فقهية من اعلمها مثال الأستاذ سافاتييه في المجلة ربح السنوية ١٩٢٤ ص ٥٢٥ وما بعدها .
Savatiere : Le prétendu principe de l'effet relatif du contrat, Rev. Trim. 1934, pp. 525 et s.

وان كان المؤلف قد خلط في هذا المثال بين تلك آثار التصرف بوصفه تصرفا وبين الاحتجاج به بوصفه واقعة . أنظر كذلك ايزنمان Eisenmann في مجموعة أعمال جمعية هنري كاييتان ج ٤ ص ١٤٥ .

(٢) «Nous jugeons raisonnables les règles que nous avons l'habitude de suivre... dont un long respect a fait un principe» .
Ripert : Les forces créatrices du droit, Paris, 1955, p. 335.

ومن هنا كان اتجاه بعض الفقهاء الى التسليم بمبدأ اقتصار آثار التصرف وعدم مناقشة أسامه مع اعتبار النيابة استثناء من ذلك المبدأ تلبية للضرورات العملية (١) .

ونحن قد فضلنا أن ندرس مسألة طبيعة النيابة دراسة مبتدأة غير متحيزة بادئين بتحليل الإرادة التي ينبنى عليها التصرف الحاصل بطريق النيابة الى عناصرها ثم بنسبة تلك العناصر الى النائب أو الى الأصل على ضوء أحكام القانون الوضعي لكي نخرج من ذلك بتحديد سليم للإرادة التي ينعقد بها أي إرادة النائب أم إرادة الأصل .

وإذ تنتهي في الباب الأول من الكتاب الأول من دراسة الإرادة التعاقدية في النيابة تنتقل من التحليل الى التركيب فتتناول في الباب الثاني من ذلك الكتاب طبيعة النيابة عارضين النظريات المختلفة التي

(١) انظر مثلاً فايل : « مبدأ اقتصار آثار التصرفات في القانون الخاص الفرنسي »

« ان المجموعة المدنية إذ أثرت النيابة الكاملة قد خرفت مبدأ اقتصار آثار التصرف بسبب الضرورات العملية التي لا محل للخوض فيها والمساس بالمادة ١١٦٥ وإقامة ينشئ تسجيلها بنشر جدل . وهكذا نرى هنري كابيتان يقول انه لتفسير النيابة ينشئ الاعتراف آخر الامر بأن التصرف القانوني يصح أن يصيب بالآثار شخصاً غير الذي أجراه (هـ ٩ كابيتان : المسئل الى دراسة القانون ص ٣٦٥) وبعيد عن الزعم بعدم جدوى الدراسات العميقة التي قام بها مؤلفون اعلام لتحديد الطبيعة القانونية للنيابة غير انه مهما يكن من أمر النظرية التي نختارها فلنبدأ اقتصار آثار العقد على شخص المتعاقد قد من مساساً مع الميث الكاره » .

... Le Code en accueillant la représentation parfaite bat manifestement en brèche la relativité des conventions, en raison de nécessités impérieuses sur lesquelles il est inutile d'insister; Patehnd à l'art 1165 est un fait qu'il faut épurement et simplement enregistrer. Henri Capitant enseigne ainsi que pour expliquer la représentation, il faudra reconnaître enfin qu'un acte juridique peut produire ses effets sur la tête d'une personne autre que celui qui l'accomplit. (H. Capitant : Introduction à l'étude du droit, p. 365). Loin de nous d'idée de tixer d'inutiles les savantes études aque d'éminents auteurs ont consacrées à la détermination de la nature juridique de la représentation. Mais que l'que soit le système adopté, la personnalité des effets du contrat subit une atteinte qu'il serait vain de contester.

Weill : La relativité des conventions en droit privé français, p. 96.

نبعت في الفقه لتصير طبيعة النيابة خاتمين ذلك الباب بفصل تتناول فيه نتيجة بحثنا على ضوء ما قدمناه في الباب الأول .

أما الكتاب الثاني الذي أفردناه لأحكام النيابة فقد تضمن أربعة أبواب الأول يتناول نشأة النيابة ومداهما في فصول ثلاثة عن الانابة ومدى النيابة والانابة الظاهرة وعرضنا في أول هذه الفصول فكرة الانابة كتصرف متميز عن الرابطة القانونية التي تصل النائب بالأصيل من وكالة أو غيرها وفصلنا أحكام الانابة من حيث نشأتها وتناولنا في الفصل الثاني تحديد مدى النيابة وبيان نطاق صفة النائب في إبرام تصرفات يعود أثرها مباشرة على الأصيل وتمرضنا في الفصل الثالث لنظرية الانابة الظاهرة التي كان للقضاء فضل في إرساء قواعدها والتي انعكست كذلك على بعض النصوص التشريعية كآثار تعامل القواعد القانونية مع الحاجة العملية المتمثلة في ضرورة استقرار المعاملات .

وفي الباب الثاني من الكتاب الثاني درسنا في فصول ثلاثة أثر النيابة بالنسبة للأشخاص الثلاثة الذين تنظمهم ظاهرة النيابة وهم الأصيل والنائب والغير الذي يتعامل معه النائب ، ثم خصصنا الباب الثالث من الكتاب الثاني لاقضاء النيابة ، وختمنا ذلك الكتاب بإياب رابع تناولنا فيه تنازع القوانين في العلاقات ذات العنصر الأجنبي التي تنشأ بطريق النيابة .

الكتاب الأول

طبعة النيابة

الباب الأول

في عناصر الإرادة في النيابة

١٤ - تصادفنا ظاهرة النيابة في أكثر من موضع في نطاق القانون ، ولكنها على تعدد تطبيقاتها وتباين مظاهرها تتمثل في أمر واحد هو أن عقدا أو تصرفا قانونيا معيننا تعود آثاره على شخص غير الشخص الذي كان ظاهرا في اجراء العقد أو التصرف القانوني . وهذا هو جوهر الأمر في كل حالة من حالات النيابة المتعددة في القانون وهذا هو ما لفت الأنظار الى ظاهرة النيابة منذ كانت ، فانه لا شك في أن رجوع آثار العقد على شخص غير الذي تولاه خروجنا ظاهريا على طبيعة الأشياء ومجافة - أول وهلة - للأصول القانونية مما دفع البعض الى القول بأن مبدأ النيابة هو « فظاعة منطقية » (١) ودعا من قبل ذلك فقهاء الرومان الى عدم تقرير مبدأ النيابة والتحايل على بلوغ الأغراض البهنية التي يهدف اليها بطرق أخرى لا تخرق منطق القواعد القانونية التي مؤداها أن آثار العقود والتصرفات القانونية لاصقة بالشخص فلا تتمدى القائم بالعقد أو التصرف الى سواه .

(١) « monstruosité logique » والسيد للفييه الأكامي Pichet أشار اليه ايبولج

في « روح القانون اليوناني » ج ٤ ص ١٠٠ ترجمة فولتير الفرنسية .

والبحث في الطبيعة القانونية للنيابة انما يرمى الى تبرير هذا الخروج الظاهر على مقتضى المنطق القانوني وشرح كيفية عمل النيابة للوصول الى هذه النتيجة التى تنتهى اليها وتفسير رجوع آثار العقد أو التصرف الى الأصل بينما هو لم يتول اجراءه وانما كان النائب وحده هو الظاهر فى اجرائه . والقهاء اذ يطاولون ذلك انما يسمعون سـ تحديد الارادة التى ينمقد بها العقد أو التصرف الذى يتم بطريق النيابة : أهى ارادة النائب ؟ أم ارادة الأصل ؟ أم أن كلا من هاتين الارادتين تسهم بنصيب فى العقد أو التصرف ؟ وطبيعى أن يتجه البحث هذه الوجهة فما دامت العقود وسائر التصرفات القانونية قائمة على الارادة فيتعين اذن البحث فى الارادة التى تقوم عليها العقود والتصرفات القانونية الحاصلة بطريق النيابة لمعرفة ارادة من هى ، وبناء هيكـ النيابة الفنى على أساس النتيجة التى نصل اليها من هذا البحث .

١٥ — ونحن لن نستبق الحوادث فنقرر مع البعض (١) ابتداء أن النيابة هى فى جوهرها « حلول ارادة النائب محل ارادة الأصل لحولا تاما وحقيقيا فى اجراء التصرف القانونى » كما أننا لن نذهب مذهاجا آخر غير هذا قبل أن ننظر فى هذه الارادة التى ينمقد بها العقد أو التصرف القانونى الذى يتم بطريق النيابة فنفحصها جيدا ونحللها الى عناصرها لنصل فى آخر المطاف الى نسبة هذه الارادة الى واحد من الشخصين اللذين يتنازعانها فى مختلف المذاهب ، أعنى النائب والأصل ، ولنصل بذلك الى معرفة طبيعة النيابة والى تفهم كيفية عمل هذا النظام وتفسير نتيجته التى بدت وتبدو لأول وهلة خارجة عن نـبائع الأشياء .

والارادة نشاط نفسى أو حالة نفسية يعبر عنها صاحبها فتنتج

(١) ميلون وتاجيه التالية ينسب من القهاء المعاصرين .

عنها آثار قانونية ولم تجر عادة الفقهاء على الاهتمام بأمر الإرادة في ذاتها باعتبارها ظاهرة نفسية لأنها من هذه الوجهة لا تفلو من إصام وتعقيد ولذا قل منهم من درسها بتفصيل وحللها إلى عناصرها ولمل ذلك من تأثير تلك الفكرة التي سادت زمتا في الفقه ومؤداها أن القانون لا يسوغ له أن يخترق حجب الضمير وأن يحكم النوايا التي تختلج بها سرائر الأفراد ليتعرف كيف ولماذا يريد الشخص هذا الأمر أو ذاك (١) . ومع ذلك فإن دراسة الإرادة وتحليلها لا يفلو من فائدة بل قد يتطلبها التطبيق الصحيح لبعض أحكام القانون كما في عيوب الإرادة وكما في السبب على النظرية الحديثة التي تهتم أيضا اهتمام بالواجب والدوافع التي تنبثق عنها الإرادة التعاقدية . هذا ونحن أحوج إلى النظر في الإرادة عند بحث النيابة في التصرفات القانونية مادام أن التصرف القانوني قائم على الإرادة على ما سبق التنويه به .

ولهذا كله يتعين الاهتمام ببحث الإرادة ودراسة عناصرها بالاستعانة بما تقرر في علم النفس بهذا الشأن ، مع ملاحظة أن بحثنا ليس في الإرادة كظاهرة نفسية مجردة — فهذا أمر محل على النفس — وإنما نحن نبحث في الإرادة التي هي قوام التصرفات القانونية أي المتجهة إلى أحداث آثار قانونية ، ولذا ينحصر بحثنا للإرادة وتحليلنا لها على هذا الجانب وبمقدار ما يتصل بالقانون وتنبني عليه أحكام قانونية .

١٦ — الإرادة لكونها قصدا وتصميما تسبقها في النفس عملية عقلية محلها تصور مضمون الإرادة وتحديد موضوعها ، فالمتعاقد في عقد البيع مثلا يستحضر في ذهنه — قبل أن تصدر عنه الإرادة التعاقدية — البيع بعناصره المختلفة ويتصور البدلين ما يقدمه وما يأخذه

(١) أنظر بلامند ودوييه وپولانييه ٢ بند ١٧١ أيضا بهجت پدوى بند ٤٦ .

كما يتمثل التسليج العملية التي ترتب على المقد والالتزامات التي يرتبها عليه وعلى الطرف الآخر . هذه العملية الذهنية هي ما يسميه علماء النفس بالتصور (١) ويعتبرونه أولى مراحل العمل الإرادى وهى عندهم أربعة مراحل تعاقب فى نفس من تصدر عنه الإرادة . فأولها هي مرحلة التصور التي سلفت الإشارة إليها والتي تقع قبل أن تولد الإرادة بمعناها الصحيح وفى هذه المرحلة يتمثل فى النفس شيء أو أشياء متعددة يصح أن تكون موضوعا للإرادة كما يستحضر المرء الآثار التي يمكن أن ترتب على هذا الشيء أو ذاك ان اتجهت اليه ارادته ، ففى مثالنا يكون المتعاقد بين أن يشتري وبين ألا يشتري مثلا وبين أن يشتري هذا الشيء أو ذاك وبهذه الشروط أو تلك الخ . .

والمرحلة الثانية للعمل الإرادى هي مرحلة التدبر (٢) حيث يوازن المرء بين مختلف الأمور التي يصح أن تنصرف إليها ارادته ويتدبر نتائجها المختلفة ثم يختار من بينها واحدا يكون هو موضوع الإرادة (٣) . هذا ويلاحظ أنه فى كثير من الأعمال الإرادية لا تظهر هذه المرحلة بل تندمج فيما بعدها اذ لا يحضر فى ذهن المرء الا فكرة واحدة أو موضوع واحد للإرادة فلا يكون هناك محل للتدبر والاختيار بل يلى التصور مباشرة التصميم ثم التنفيذ .

والتصميم (٤) هو المرحلة الثالثة فى العمل الإرادى متى انتهى المرء الى اختيار موضوع ارادته والتصميم أو الاعمال الإرادى (٥)

Conception. (١)

Délibération. (٢)

(٣) وقد قيل ان الإرادة هي الاختيار لأجل « Vouloir c'est choisir pour agir » والتصميم للتصميمي ريبوت Ribot أشار اليه دوجيوج ١ ص ٢١٢ - قانون تعريف ابن رشد للإرادة بأنها « قوة فيها إمكان فعل أحد المتقابلين على السواء » تهافت التهافت ص ٩ .

Décision. (٤)

Volition (٥)

هو في الواقع جوهر الإرادة وهو ما يسبغ على العمل الإرادي صفته ؛
وبه تتولد في النفس الإرادة بمعناها الحقيقي .

ومتى وصل العمل الإرادي الى هذه المرحلة لم يبق الا أن يوضع
موضع التنفيذ . والتنفيذ (١) هو آخر مراحل كل عمل ارادي حيث
ينقل المرء تصميمه الداخلي الى العالم الخارجي ، فيفصح المتعاقد في
مثالنا عن ارادة معينة ترتب عليها الآثار القانونية التي قصد اليها
صاحب الارادة .

على ضوء ما تقدم لنا من النظر في الإرادة وتمييز مراحلها في
النفس نستطيع أن نقول مع العلامة النفساني برادين (٢) ان الإرادة
تبدو دائما كمظهر من السلوك يتميز أولا باستهداف أغراض معينة
يطلب الشخص الوصول اليها ويتميز ثانيا باصطناع وسائل معينة من
شأنها تحقيق تلك الأغراض وعلى هذا تكون الإرادة دائما مزجيا من
استهداف غرض واصطناع وسيلة وهي بهذا الوصف وليدة الفكر
مرتين : - مرة أولى اذ يتحدد الهدف المقصود ومرة ثانية اذ تصطنع
وسيلة تحقيقه .

ومن هنا كان العمل الإرادي وثيق الصلة بالذكاء العقلي ومتوقف
الوجود على تمقل الأسباب والمسببات (٣) وقد عرف بعض علماء

Enécuton (١)

(٢) موديس برادين - موسوعة علم النفس العام - ج ٢ ص ٢٤٦ (باريس سنة

١٩٤٨)

Pradines, Maurice : *Traité de psychologie générale*, tome II (Paris 1948), p. 346.

« La volonté se révèle, en effet, toujours et partout à nous comme un type
« de conduite qui, d'une part, poursuit des desseins opératoires et définis, et
« d'autre part, y adopte des moyens connus, disponibles et efficaces. La vo-
« lonté est toujours indissolublement finalité et mécanique, finalité par les des-
« seins, mécanique par les moyens. Elle est toujours deux fois raison : raison
« d'agir et rationalité du mouvement d'agir ».

(٣) برادين - المرجع السابق ص ٢٤٦ .

النفس الارادة بأنها « المجهود العقلي الدافع الى الفعل » أو بأنها « الملكة التي بها يتصور الانسان أمرا يختار بين أن يقوم به وأن لا يقوم به » (١) •

والارادة بهذا المفهوم تنطوى بالضرورة على حكم قيمي لكونها اختيار الأفضل بين البدائل المتاحة بل إن للارادة مضمونا أخلاقيا حتى ليصح أن يقال أن الفعل الأخلاقي هو الفعل الارادي بالمعنى الأكمل (٢) ولا يصح أن يسمى فعلا اراديا ذلك الفعل الذي ينساق فيه الانسان وراء نوازعه الغفوية فالارادة هي تحكيم العقل في الهوى وتغليب الميول العليا على الميول الدنيا (٣) •

وبتطبيق هذه المعايير على الارادة في المجال القانوني يمكننا أن نصل الى تحديد عناصر الارادة التي تقوم عليها التصرفات القانونية ، فالتصرف القانوني لا يقوم صحيحا على كل ارادة يظهرها صاحبها في العالم الخارجي بالتعبير عنها في الشكل الذي يقرره القانون وانما يستلزم القانون أن تتوفر في تلك الارادة عناصر معينة مرجعها جميعا الى أن الارادة ظاهرة نفسية يقترن بها ويصحبها حتما نشاط ذهني معين على الوجه الذي سلف شرحه واذن فيشترط القانون في الارادة التي يقوم عليها التصرف القانوني أن تكون صادرة من شخص متمتع بنصيب معين من القوى الذهنية يوفره له سنه أولا ثم سلامته من الآفات العقلية ثانيا كما يشترط القانون ألا تعرض لصاحب هذه الارادة ظروف تحد من حريته أو تتأل من تبصره وادراكه ، وبعبارة

-
- (١) انظر الموسوعة الأبجدية المنوية « علم النفس الحديث من الألف الى الياء »
بباريس ١٩٦٧ تحت لفظة ارادة ص ٥٤١ •
(٢) بول فولكويه : « الارادة » باريس ١٩٥١ ص ٣٣ - ٢٤ •
(٣) برادوين المرجع السابق ص ٣٩٠ •
(٤) فولكويه المرجع السابق ص ٢٥ و ٤٢ •

أخرى يشترط أن يتوفر في الإرادة عنصران : الأهلية والسلامة من العيوب (الاكراه والغلط والتدليس) (١) . هذا : إن الإرادة وإن توافر لها هذان العنصران قد يحيط بها من الظروف بما يؤثر في قيمتها القانونية أو في الآثار التي تبني عليها وهذه الظروف يصح أن تقول عنها انها تتعلق بالمضمون الأخلاقي للإرادة من ذلك مثلا سوء النية وحسن النية والعلم أو عدم العلم بظروف معينة الخ .

ونحن قبل أن ندلي بقول في طبيعة النيابة أو نحاول شرح عمل هذا النظام وتفسير نتائجه سنعرض للإرادة التي يقوم عليها العقد أو التصرف الحاصل بطريق النيابة فننظر في عناصرها وتلمس على ضوء الأحكام الوضعية ما إذا كانت مطلوبة لدى الأصل أو لدى النائب فتخرج من ذلك الى نسبة تلك الإرادة الى هذا أو ذاك ومن ثم فصل الى رأى معين في طبيعة النيابة يكون مبنيا على أساس قويم .

واذن فستكلم في فصل أول عن الأهلية عند الأصل وعند النائب ثم في فصل ثال على عيوب الإرادة عند الأصل وعند النائب ثم في فصل ثالث على الظروف الخاصة المحيطة بالإرادة والمؤثرة في التصرف القانوني الحاصل بطريق النيابة .

(١) تضمنت المادة ١٢٨ من القانون المدني القديم هذين الشرطين ونصها : « من عقد مشاركة تمهد فيها بشيء ولم يكن ذا أهلية للعقد أو لم تكن مبنية على رضى صحيح منه فلا يكون ملزما بوفاء مما تمهد به في تلك المشاركة » وشرطة الإرادة موزعان في القانون الحالي بين المواد ٤٤ - وما بعدها و ١٢٠ وما بعدها .

الفصل الأول

في الأهلية

١٧ - تنص المادة ٤٤ من القانون المدنى المصرى على أن كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية . فالأهلية اذن هى فى جوهرها مسألة سن وعقل وتدير ، ذلك أن الشارع رأى أن الأفراد لا تتوافر لهم الصلاحية للمعاملات الا متى بلغوا سنا معينة تكفل لهم من النضوج ما يمكنهم من رعاية مصالحهم ، وكانوا الى هذا سالمين من الآفات العقلية التى تفقدهم التمييز ، ولم يعرفوا - الى هذا وذاك - بفظة أو بسفه يكونون معها سيئو التدبير غير جديرين بالقيام على شئون أنفسهم ورعاية مصالحهم حق رعايتها .

والشارع اذ يمنع بعض الأفراد من القيام بالتصرفات القانونية - كلها أو بعضها حسب الأحوال - ينبعث غالبا عن الرغبة فى حماية هؤلاء الأفراد من عدى الأهلية أو ناقصيها اذ أنهم لما يقوم بهم من الظروف لا يستطيعون كما قلنا أن يدبروا أمورهم ويحموا مصالحهم فلو ترك لهم الشارع باب المعاملات مفتوحا لكنت احاطة الضرر بهم مؤكدة ولكان ضياع مصالحهم نتيجة حتمية لتصرفاتهم المتفترية الى

• التمييز وحسن التدبير (١) •

١٨ - والأشخاص كاملو الأهلية لهم أن يقوموا بالتصرفات القانونية كافة ، أما من عداهم فليس لأهليتهم بطبيعة الحال هذا الشمول وإنما تقتصر على بعض التصرفات القانونية في حالة ناقصي الأهلية الذين يبين القانون التصرفات التي يمكن أن يقوموا بها من تلك التي تمتنع عليهم ، أما عديمو الأهلية فهؤلاء ليست لهم صلاحية القيام بأي تصرف قانوني - وهذا كله على ما هو مفصل في مظانه من أحكام الأهلية (٢) •

وعديمو الأهلية وناقصوها يقرر لهم القانون أشخاصا يعينون لرعاية مصالحهم والقيام نيابة عنهم بالتصرفات القانونية التي تتطلبها تلك المصالح ، وهؤلاء هم النواب القانونيون من أولياء وأوصياء وقوام وهم بطبيعة الحال دائما كاملو الأهلية إذ لا يتصور أن يعهد القانون برعاية مصالح ناقصي الأهلية إلى من هو ناقص الأهلية والا انتفت الحكمة من اقامة النواب القانونيين •

على أننا إذ نفحص الأهلية كمعصر من عناصر الإرادة التي تقوم عليها التصرفات القانونية الحاصلة بطريق النيابة ، لا تتعرض لحالات النيابة القانونية • ففي جميع هذه الحالات تكون أمام أصيل ناقص الأهلية أو عديمها ، ونائب كامل الأهلية • والحق أن مسألة الأهلية في اتصالها بالتصرف القانوني لا تعرض في هذه الحالات مطلقا لأن النائب

(١) الرقبة في حماية عديمي الأهلية وناقصيها من الدافع في الغالبية المظم وفي حالات نقص الأهلية أو انعدامها كما في حالة القصر والمجور طيم ، وإن كان ذلك لا ينفي أن القانون يقرر أحيانا حالات لنقص الأهلية بدوافع أخرى كما في حالة المرأة المتزوجة في بعض التشريعات الأجنبية وكما في حالة المادة ٢٥ لقانون دابنة من قانون العقوبات التي تقرر عدم أهلية المحكوم عليه بعقوبة جنائية طوال مدة العقوبة لإدارة أمراه ، وكما في حالة رهايا الأعداء الذين يؤمنون تحت الحراسة في أوقات الحروب •

(٢) انظر المستهوى في نظرية العقد بند ٣٣٠ وما بعده وحظي بهجت بدوي بند ٨٣ وما بعده •

القانوني اذ يتصرف لا يتصرف بطبيعة الحال بأهلية الأصل اذ أنها معدومة أو ناقصة كما أنه لا يتصرف أيضا بأهليته هو لأنه وإن كان كامل الأهلية الا أنه في تصرفه لحساب الأصل مقيد بقيود وشروط وخاضع لأحكام واجراءات لا يخضع لأى منها اذ يتصرف لنفسه واذن فالأهلية في صلتها بالتصرف القانوني وباعتبارها عنصرا في الارادة لا يبدو لها دور ما في حالات النيابة القانونية وانما هي حالات ينظمها القانون تنظيما دقيقا جامعا مانما غايته حماية مصالح عديمي الأهلية وناقصها •

١٩ - وبالعكس ففي حالات النيابة الاتفاقية تظهر أهنية الأهلية كعنصر في الارادة التعاقدية وفي هذه الحالات يكون بحثنا عن هذا العنصر لدى النائب ولدى الأصل مجديا ومؤديا الى نتيجة ذات أهمية من حيث امكان نسبة الارادة المنشئة للعقد أو التصرف الحاصل بطريق النيابة اما الى الأصل واما الى النائب •

ولقد حوى القانون المدني الفرنسي نصا في هذا الخصوص هو نص المادة ١٩٩٠ التي تقرر أن « القاصر غير المأذون يمكن اختياره وكلاء ، غير أن الموكل لا تسمع دعواه ضد الوكيل القاصر الا بمراعاة القواعد العامة المتعلقة بالتزامات القصر » • والعبارة الأخيرة من هذه المادة تخص العلاقة الداخلية بين الموكل والوكيل وانما يهنا هنا صدر المادة الذي يجيز لناقص الأهلية أن يكون نائبا اتفاقيا شأن شأن الشخص كامل الأهلية • وقد كانت هذه المادة من التقنين المدني الفرنسي قبل تعديلها بالقانون رقم ٥٧٠ لسنة ١٩٦٥ (الذي اسبغ على المرأة المتزوجة الأهلية الكاملة ورفع عن أهليتها القيود التقليدية) تنص على أن « النساء والقصر المأذونين يمكن اختيارهم وكلاء ، الا أن الموكل لا تسمع دعواه ضد الوكيل القاصر الا بمراعاة القواعد الخاصة بالتزامات القصر ولا ضد المرأة المتزوجة التي قبلت الوكالة بلا ترخيص

من زوجها الا مراعاة القواعد المقررة في باب عقد الزواج وحقوق الزوجين المتقابلة » .

وفي ظل هذا النص كان الفقه والقضاء في فرنسا مجمعين على أن تلك المادة وإن خصت بالذكر المرأة المتزوجة والقاصر المأذون الا أن حكمها يشمل جميع ناقصي الأهلية إذ لا موجب للتمييز بين الطائفتين المذكورتين في نص المادة ١٩٩٠ القديم وبين غيرهم من ناقصي الأهلية فحكمة النص كما كانت تنطبق على هاتين الطائفتين من ناقصي الأهلية كانت تنطبق أيضا على القصر وعلى المحجورين ولهذا كان الفقه والقضاء الفرنسيان يريان أن صياغة المادة ١٩٩٠ القديمة لم تكن على سبيل الحصر ولم يقصد المشرع فيها الى تعداد الأشخاص الذين يجوز أن يكونوا وكلاء وأن حكمها يشمل لذلك كل ناقصي الأهلية (١) .

وقد جاء النص على هذه القاعدة ضمن القواعد العامة للنيابة في أحدث التشريعات اللاتينية وهو القانون المدني الايطالي الصادر سنة ١٩٤٢ في المادة ١٣٨٩ منه ونصها « في حالة ما اذا كانت النيابة صادرة من صاحب الشأن يكفي لصحة العقد الذي يقوم به النائب أن يكون هذا الأخير متمتعا بأهلية القصد والارادة وبخصوص طبيعة

(١) انظر أوبري دورج ٤ ص ٦٣٩ حاشية ١٠ ولوردان ج ٢٧ بند ٢٩٧ وترولودن في الوكالة بند ٢٢٢ وبريسكو - دامسليانو ص ٢٤٠ - ورواست ص ٤٨ وبلانويول وديبير وبولانجيه بند ٣٠٦٦ وأيضا ١٠٢ وانظر غلف مدني ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٣ - مسريه ٢٢/١/١٩٢٥ ونفس مدني ٤ يناير سنة ١٩٢٤ دالوز الأسبوعي ٩٧/٢٤ - مسريه ١٩٢٦/١/١٣٧ مع تعليق لفيالتون Vialleton . وقد صدر الحكم الأخير في قضية كلنكس وقائنها في أن محجورا يحتل بيما من التيم عليه استخدم بستانيا وبمناسبة مطالبة البستاني بتعويض عن خلات أصابه أثناء العمل بحثت للحكمة فيما إذا كان هناك عقد عمل يربطه بالتيم وقد أجايت للحكمة على هذا السؤال بالإيجاب وبمثل صاحب التعليق هذا الحكم على أساس فكرة وجود وكالة ضمنية من التيم للمحجور عليه في الأعمال التي تتطلبها حياته اليومية وميخته بيما عن التيم وإن تكيون المحجور عليه قد ناب في التعاقد مع البستاني من التيم عليه وعلى ذلك يكون العقد صحيحا على أساس هذه النيابة رغم عدم أهلية المحجور عليه كمثل هذا العمل .

ومضمون المقتد المذكور تشترط في الأصل الأهلية القانونية « (١) » .

٢٠ - وقد نص القانون المدني الألماني على نفس القاعدة التي قررتها المادة ١٩٩٠ من القانون الفرنسي والمادة ١٣٨٩ من القانون الإيطالي إذ نصت المادة ١٩٥ منه على أن « إعلان الإرادة الصادر من النائب أو إليه لا يتأثر بكونه مقيد الأهلية في استعمال حقوقه » ويقول الأستاذ سالي Saleilles تعليقا على هذه المادة أنه من المفهوم أن يريد القانون حماية القصر فيما يختص بالتصرفات القانونية التي يجرونها لحساب أنفسهم ولكن أي داع لأن يحمى القانون الأشخاص كاملي الأهلية الذين يرتضون أن يוכלوا شئونهم إلى قصر ؟ لا يكون ذلك إلا إذا كانت إرادة ناقصي الأهلية إرادة لا يمتد بها القانون وتعتبر كأنها غير موجودة وهو خلاف الواقع إذ أن تقييد أهلية هؤلاء الأشخاص لا يرجع إلى قصور حقيقي في إرادتهم وإنما إلى رغبة القانون في حماية مصالحهم (٢) .

ويتضمن القانون السويسري القاعدة نفسها في أهلية النائب ويعملها الفقه هناك بمثل التعليل المتقدم (٣) .

٢١ - وفي القانون الإنجليزي والقانون الأمريكي نجد أن الحكم في أهلية النائب هو بعينه ما تقدم ، فعندهم « لا تشترط في

(١) نصت على القاعدة نفسها المادة ٥ من المشروع التمهيدى الأول في شأن النيابة التي صدر في سنة ١٩٥٥ من للمهد الدولى لتوحيد القانون للعالمى ونصها :
« الشخص الذى تصدر عنه الائنة يجب أن تتوفر فيه الأهلية القانونية لإبرام التصرف النائب فيه ، ولكن يكفي لكن ينتج التصرف إليه في الأصل والغير يجب أن يكون النائب متعنتا بأهلية التمييز وأن لم تتوفر فيه الأهلية اللازمة لإبرام ذلك التصرف باسمه شخصا » .
عل أن المشروع التمهيدى المعدل الصادر سنة ١٩٧١ خلا من مثل هذا النص . ويرجع ذلك غالبا إلى أن هذا المشروع المعدل يتناول تنظيم النيابة في عقود البيع الدولى للسلع وهو مجال لا يميل فيه إلا محترفو هذا النوع من النشاط التجارى وليس من المقصود فيه إنباء ناقصي الأهلية .

(٢) انظر الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون المدني الألماني من ٢٠٧

(٣) فون تورنر ص ٣١٤ حاشية ٢٩ .

النائب الأهلية التي تشترط في الأصل فليس من الضروري مطلقاً أن يكون النائب كامل الأهلية بل أن كل شخص ، فيما عدا المجنون وضعيف العقل والقاصر غير المميز ، يستطيع أن يكون نائباً عن الغير ولو أنه ليس أهلاً للتصرف لحساب نفسه « (١)

٢٢ - وهذا الحكم مقرر في مصر وإن خلا من النص عليه قانوننا المدني القديم والجديد فهو مبدأ مقرر لا يفترق إلى نص تشريعي (٢) كما أن هذا الحكم مأخوذ به في الشريعة الإسلامية حيث يشترط في الوكيل أن يكون ممن يعقل العقد ويقصده أى أن يكون من « أهل العبارة » ويكتفى بهذا فلا يشترط إذن أن يكون كامل الأهلية وعلى هذا فيجوز في الشريعة الفراء توكيل القاصر والرقيق

(١)

«... agents are not required to possess the same qualifications as are principals. It is by no means necessary for a person to be sui juris or capable of acting in his or her own right, in order to qualify himself or herself to act for others; and it is generally held that anyone, except a lunatic, imbecile or infant of tender years, may be capable of acting as agent for another, although he is not capable of acting for himself».

Bowstead, A Digest of the Law of Agency, p. 8.

وانظر في نفس المدني في القانون الأمريكي
Restatement of the Law of Agency, Washington, 1933, Vol. I, pp. 63-64;
Mecham, Sect. 19; Coppola, Sect. II.

وانظر بوبسكو وامسجاتو ص ٥٥٠ المراجع المذكورة به وكذلك انظر
Person, Sect. 293.

حيث يشير المؤلف إلى حكم قديم صدر في سنة ١٨٢٢ قبل إلغاء الرق في الولايات المتحدة قاضياً بأن مقد الرقيق بصفته نائباً من سيده صحيح بالرغم من عدم تمتعه بأهلية التعاقد لنفسه وانظر كذلك Stojan, p. 232, note 46, p. 285.

(٢) انظر استئناف مصر ٧ مايو سنة ١٩٢٥ - الحاماة ١٦/١٢٢/٢٩٢ : « ١٥ »
وإن كان من اللازم أن يكون الوكيل راشداً إلا أنه لا يشترط الرشد في الوكيل إذ من له قلة في كتابة قاصر ماهر يمكن أن يختاره وكيلاً عنه تحت مسؤوليته وليس أن يتعامل مع هذا الوكيل إن يهتم بالتحرى مما إذا كان بالغاً من الرشد أو غير بالغ لأن معاملته من الوجهة القانونية هي مع الوكيل لأمع الوكيل الذي لا يخرج عن كونه لسان الوكيل «
ويلاحظ مآل هذه العبارة الأخيرة من ميل نحو النظرية التي تصبب الإرادة التعاقدية إلى الأصل - نفس لهذا استئناف مصر ٨ يونيو سنة ١٩١٥ للجمعية الرسمية ١٦/٩٠/١٤٨

والمرتد وغيرهم من ناقصي الأهلية الذين لهم عبارة معتبرة شرعا (١) .
وغنى عن الذكر كما يفهم مما تقدم أن ناقصي الأهلية الذي تجوز
إقامته نائبا اتفاقيا يجب أن يكون متمتعا على الأقل بالتمييز وهو
ما يرده علماء الشريعة بقولهم « لأنه يقوم مقام الموكل في العبارة
وأهلية العبارة لا تكون إلا بالمعقل والتمييز » . حتى لو كان
الوكيل صبيلا لا يعقل أو مجنونا كان التوكيل باطلا إذ ليس لهما
أهلية العبارة فلا يتعلق بقولهما حكم » (٢) .

٢٢ مكرر - ولئن كان القانون المدني المصري قد جاء خلوا من
نص صريح بشأن أهلية النائب الاتفاقي فإن قوانين بعض الدول
المرية الأخرى قد تضمنت مثل ذلك النص فمجلة الالتزامات والعقود
التونسية تنص في الفصل ١١٠٥ منها على أنه « يشترط في صحة
الوكالة أن يكون الموكل أهلا لأن يجري بنفسه ما وكل عليه ولا
يشترط ذلك في الوكيل بل يكفي فيه أن يكون عاقلا مميزا ولولم يكن
أهلا لانتمام ما وكل عليه بنفسه » . وتنص المادة ٩٣٠ من القانون
المدني العراقي في فقرتها الثانية على أنه « يشترط أن يكون الوكيل
عاقلا مميزا ولا يشترط أن يكون بالغاً فيصح أن يكون الصبي المميز
كيلا ولو لم يكن ماذونا » . كما تنص المادة ٦ من قانون الوكالة

(١) انظر المبسوط ج ١٩ ص ٤٥ و ١٥٨ - ١٥٩ . وابن عابدين ج ٤ ص ٤١٧ .
وفتح القدير ج ٦ ص ١١٠ - وفي أحد الأقوال عن الشافعي أنه يشترط في الوكيل
فوق الأهلية للتدبير الوكيلي ، انظر نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٤ : « وشروط الوكيل ...
حصة مباشرة التصرف الذي وكل فيه لنفسه والا لم يصح توكيله إذ تصرفه لنفسه أقوى
منه لغيره فإذا لم يملك الأخرى لم يملك دونه بالأول ، لا صبي ولا مجنون ولا منسوبة عليه
ولا نائم ولا مسنوع ... وكذا المرأة والحرم يضم إليهم في عقد النكاح إيجابا وقبولا لسلب
مبادرتها فيه » ويعلق الرشدي على هذا القول في حاشيته على النهاية (ص ١٩ من المرجع
الذكر) بقوله : « قوله فإذا لم يملك الأخرى لم يملك دونه الخ . في هذا التعليل
نظر لا يخفى وعبارة غيره : لأنه إذا لم يتقدم على التصرف لنفسه للغير أو لم » ويشيهد
« لغيره » في حاشيته : « لكن الصحيح اعتماد قول الصبي » .
(٢) تكملة فتح القدير للقاضي زاده ج ٦ (من الفتاوى) ص ١٤ .

السوداني على أنه « يجوز تعيين أى شخص مميز وكيلًا لأداء أى عمل » .

٢٣ - ومن استعراض أحكام مختلف الشرائع فى هذه النقطة نستطيع أن نقرر أن القاعدة التى تنتظم كافة النظم القانونية التى تعرضنا لها هى عدم اشتراط كمال الأهلية فى النائب بالنسبة للتصرف الذى يجرىه بصفته تلك والاكتفاء فيه بتوفر أصل الأهلية بمعنى أن يكون النائب ذا قصد وإرادة صحيحين وأن اتاب أهليته قمص يخرج عن نطاقها ذلك التصرف بعينه فيما لو كان عقده لحساب النائب نفسه . وعلة هذا الحكم فى جميع تلك الشرائع ذات شقين :

١ - فقيا يختص بعدم اشتراط كمال الأهلية للتصرف موضوع النيابة نجد العلة هى فى كون آثار ذلك التصرف راجعة بحكم النيابة الى الأصيل دون النائب وواقعة فى ذمة الأول دون الثانى .

٢ - وفيما يختص باشتراط توفر أصل الأهلية فى النائب نجد أن العلة هى أن النائب اذ يتولى ابرام التصرف عن الأصيل اما يبدل نشاطا اراديا خاصا يقوم عليه كيلا التصرف القانونى واذن فلا معدى عن توفر أهلية القصد والإرادة لديه وأن يكن استعماله لتلك الأهلية فى شئون نفسه مقيدا بوجه من وجوه التقيد .

واذن فالحكم فى النائب أن يكتفى فيه بأهلية التمييز ولا يشترط فيه كمال الأهلية للقيام بالتصرف محل النيابة ، وحكمة ذلك أنه لا يتصرف لنفسه ولا ترتب له أو عليه حقوق ولا التزامات نتيجة للمقد الذى يرمه نائبًا عن موكله (١) .

(١) « La capacité du mandataire est indifférente pour l'exécution du mandat. On peut donc choisir pour mandataire un incapable quelconque, une femme mariée non-autorisée, un mineur non-émancipé, si on a confiance dans son honnêteté et son intelligence. Cela tient à ce que le mandataire ne s'oblige pas par les actes qu'il accomplit au nom de son mandant ».

ولم يشد من التشريعات عن هذه القاعدة في أهلية النائب - التي تسيّر عليها قوانين دافه البلاد على اختلاف نظمها القانونيه لما رأينا - الا القانون التجارى الأسباني في المادة ٢٨٢ منه ومثله بعض قوانين التجارة في بلاد أمريكا اللاتينية (شيلي م ٣٣٨ والأرجنتين م ١٣٢ والمكسيك م ٣١٠) اذ تنص على أنه في المواد التجارية يجب أن يكون الوكيل الحامل لو كالة عامة كامل الأهلية (١) .

أما عن الأصل فانه لما كان صاحب الشأن في العقد الذي يقوم به وكيله وكانت ذمته هي التي تتحمل بالالتزامات وفيها تقع الحقوق الناشئة عن ذلك العقد ، كان من الطبيعي أن يشترط فيه كمال الأهلية للتصرف موضوع النيابة (٢) ومن هنا جاءت القاعدة المقررة في جميع القوانين والتي مقتضاها أنه لا يجوز للشخص أن يوكل غيره في تصرف لا بملكه بنفسه (٣) .

Planol, Ripert et Boulanger, No. 3026.

« Quant à la capacité d'exercice du représentant, elle doit être simplement celle d'un individu sain d'esprit. Il est inutile que le représentant ait le plein exercice de sa capacité civile, car l'acte qu'il fait n'engagera pas son patrimoine » Rouast, p. 48.

(١) قارن في الشريعة الإسلامية مذهب الشافعي على القول الذي نقلناه في الحاشية (٢) بند ٢٢ على أن هذا الخلاف في القانون الأسباني والقوانين للتأثرة به يقتصر كما هو واضح على المواد التجارية .

(٢) انظر استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٣ البلتان ١٦١/٢٥ :

« أن الذي لا يملك أهلية التصرف بنفسه لا يستطيع كذلك أن يتصرف بواسطة وكيل . وبالتالي يكون باطلاً بطلاناً أصلياً البيع العقاري الصادر من وكيل من شخص مجبور عليه ليست له طبقاً لقانونه الشخصي الذي يعتبره في حكم القاصر اهلية التصرف في مقاراته الا بواسطة القيم عليه وبمرافاة أشكال معينة حددها القانون . »

« Celui qui ne possède pas la capacité d'aliéner personnellement ne peut pas davantage aliéner par mandataire. En conséquence est entachée de nullité radicale la vente immobilière consentie par le mandataire d'un interdit légal, lequel étant aux termes de sa loi personnelle assimilé à un mineur au point de vue de sa capacité, ne peut aliéner ses immeubles que par l'intermédiaire de son tuteur et avec l'emploi de certaines formes déterminées ». Appel Mixte, 30 Janvier 1913, B. 25.161.

(٣) انظر السنهوري : نظرية العقد بند ٢٠٧ ويجهت بلوى ص ٨٠-٨١ وتروبولن بند ٣٢٩ ولوران بند ٢٦٥ وبلائيول وريبير وبولانجيه بند ٣٠٢٥ ورواست ص ٥٦ - ٥٧ =

٢٤ - هذا الوقت الذي ينظر فيه الى توافر شروط الأهلية المتقدمة عند النائب ، وهو وقت اجراء العقد محل النيابة (١) . فالنائب يجب أن يظل محتفظا بالتمييز لحين مباشرة العقد الذي أنيب فيه ، أما اذا فرضنا أن طرأ عليه بين صدور الانابة من الأصيل وبين اجراء العقد المناب فيه ما أفقده أهلية التمييز فلا تعود له صفة في النيابة عن الأصيل ولا يكون العقد الذي يعقده ملزما لذلك الأصيل بل لا يكون قائما أصلا لانعدام أهليته بتاتا أى لأنه لم يعد بتعبير الشرعين « من أهل المباشرة » . أما الأصيل فيجب أن تتوفر فيه الأهلية الكاملة للتصرف محل النيابة وقت اجراء النائب للتصرف المناب وكذلك وقت صدور الانابة فبالنسبة للأصيل ينظر في توافر الأهلية الى هذين الوقتين مما فلو أنه لم يكن أهلا للتصرف المناب فيه وقت صدور الانابة لم تصح انابته وان اكتملت له تلك الأهلية من بعد وكذلك لا تصح الانابة اذا كان الأصيل أهلا للتصرف وقت صدورهما وغير أهل له وقت مباشرة النائب اياه (٢) .

= ويلاحظ أن المؤلف الأخير تكلم عن الأهلية واشترط كمالها في الأصيل في القسم الخاص بشروط النيابة على وجه المصوم بينما هذا الشرط غير مطلوب بطبيعة الحال الا في النيابة الاتفاقية . وفي هذا ما يؤيد ما تقدم لنا من القول بأن الأهلية في صلتها بالنيابة وباعتبارها عنصرا في الإرادة التي يقوم عليها العقد الحاصل بطريق النيابة لا يظهر أثرها الا في النيابة الاتفاقية .

وانظر في أهلية الاصل في الشريعة : ابن عابدين ج ٤ ص ٤١٧ والبدائع ج ٦ ص ٢٠ والمفاتيح ج ٥ ص ٢٠٢ وفي أهلية الأصيل في القانون الانجليزي : بوسمييه ص ٦ و ٩ و ١٠ وستولجار ص ٢٨٥ وفي القانون الأمريكي كوربوس يوريس ص ٤٢٩ ومجموعة معهد القانون الأمريكي ج ١ ص ٦٠ - ٦١ .

(١) السنهوري : نظرية العقد بند ٢٠٧ حاشية ١ ورواست ص ٥٦ .

(٢) كنا قد ذمينا في الطبعة الأولى من هذا الكتاب (ص ٣٦) الى الاكتفاء بتوفر الأهلية اللازمة لدى الأصيل وقت مباشرة النائب للتصرف ثم رجعنا عن هذا الرأي في الطبعة الثانية (بند ٢٤ ص ٣٩) وقررنا أن الأصح أن يشترط توافرها في وقت صدور الانابة كذلك . قارن السنهوري : الوسيط ج ٧ - للمجلد الأول - بند ٢٢٧ ص ٤١٣ حاشية ٢ .

الفصل الثاني

في عيوب الإرادة

٢٥ - تنص المادة ١٠٤ فقرة ١ من القانون المدني المصري على أنه « إذا تم العقد بطريق النياية كأن شخص النائب لا شخص الأصل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة » وقد صرحت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون بأن هذا النص مأخوذ من المادة ١٦٦ من القانون المدني الألماني التي نصها « في حالة ما إذا كانت الآثار القانونية لإعلان الإرادة تتأثر بوجود عيب في الإرادة .. فيرجع في تقدير ذلك لا إلى شخص الأصل وإنما إلى شخص النائب .. » (١)

واذن فبمقتضى المادة ١٠٤ يكون العقد الذي تم بطريق النياية قابلاً للبطلان متى كان النائب واقفاً في غلط أو كان ضحية تدليس أو

(١) هذه المادة تقابلها في مشروع الالتزامات الفرنسي - الإيطالي للمادة ٣٦ التي تنص فقرةها الثانية نفس الحكم . وتقابلها في القانون المدني الإيطالي للمادة ١٣٦٠ ونصها :

« يكون العقد قابلاً للبطلان إذا كانت إرادة النائب ميبية .. »

كما تقابلها في قوانين البلاد العربية المستمدة من القانون المصري للواد الآتية : ١٠٥ : سوري ، ١٠٤ : لبناني ، ٨٦ : سوداني ، ٧٣ : جزائري ، ١١١ : أردني .

اكراه ولو لم تتعرض ارادة الأصل لميب من هذه العيوب • واذن فيكون للأصيل أن يرفع دعوى البطلان ويصل الى الحكم يبطلان العقد على أساس الغلط الذي وقع فيه نائبه أو التدليس أو الاكراه الواقع على النائب ، بصرف النظر عن سلامة ارادة الأصل من الغلط أو التدليس أو الاكراه •

ويلاحظ أن دعوى البطلان النسبي المترتبة على تميب ارادة النائب هي للأصيل فهو الذي يرفع الدعوى بطلب ابطال العقد للغلط أو التدليس أو الاكراه الذي شاب ارادة نائبه وليس للنائب أن يرفع تلك الدعوى اللهم الا اذا كان نيايته من الشمول ما يدخل في نطاقها مثل هذا العمل أو كان موكلا فيه بالذات (١) وهذا طبيعي ما دامت آثار العقد الحاصل بطريق النيابة عائدة الى الأصل فان دعوى البطلان النسبي ان هي الا أثر مترتب على العقد الذي يشوب ارادة أحد المتعاقدين فيه عيب من العيوب التي نص عليها القانون •

٢٦ - هذا وأن الحكم الذي تضمنته المادة ١٠٤ عام يشمل النيابة بنوعها من اتفاقية وقانونية ، ولهذا الشمول دلالة خاصة فيب عيننا من هذا البحث ذلك أنه اذا كان مفهوما وطبيعيا أن يكون الاعتداد في حالات النيابة القانونية هو بشخص النائب عند النظر في عيوب الارادة لأن الواقع ان ارادة النائب تنفرد بالظهور في حالات النيابة القانونية ولا يكون فيها للأصيل دور ما ، فان الأمر كان يصح أن يختلف عن ذلك في حالات النيابة الاتفاقية حيث تلعب ارادة الأصل دورا ظاهرا اذ أنها هي أساس العلاقة التي تربط الأصل بالنائب وهي المنشأة لنيابة الأخير وقد تكون في بعض الأحيان موجة للنائب توجيهها ممينا في اجراء التصرف موضوع النيابة • ومع كل ذلك

(١) انظر دوايب ص ٧٩ ••

في المادة ١٠٤ حين قررت أن الاعتداد في عيوب الإرادة انما هو شخص النائب لم يخص بهذا الحكم أحد نوعي النياية وانما عمته في حالاتها جميعا ، مما يصح أن يخرج منه بأن القانون يقر لارادة نائب بنفسه الدور في اجراء التصرف محل النياية. بصرف النظر عما اذا كانت النياية قانونية أو اتفاقية .

٢٧ - هذا وقد يرى البعض أنه حالة ما اذا كان الأصل قد رد لنائبه بعض عناصر العقد محل النياية ، يستحسن أن يعتد فيما يخص تلك العناصر بإرادة الأصل بحيث يكون العقد الذي يعقده نائب قابلا للإبطال للعيب الذي شاب إرادة الأصل خاصة بذلك عنصر أو بتلك العناصر التي عنها لنائبه مقدما إذ أن دور النائب ما يتصل بتلك العناصر لا يتعدى تنفيذ تعليمات الأصل واذن يكون من المستحسن عندهم الرجوع الى شخص الأصل عند النظر بإبطال العقد لعيب في الارادة متعلق بعنصر حدده هو مقدما .

ولنضرب مثلا يوضح المسألة في الأذهان :

(أ) وكل (ب) في شراء تحفة بعينها مملوكة لشخص ثالث (ج) وكان (أ) مدفوعا في ذلك باعتقاده أن تلك التحفة من عصر بيغى معين او أن لها قيمة فنية معينة وذلك نتيجة لغلط وقع فيه ، اذا اشترى (ب) من (ج) تلك التحفة عالما بحقيقتها غير واقع بشاهاها ، أى غلط فان أصحاب الراى الذى نحن بصدده يذهبون مع ذلك على امكان ابطال العقد للغلط الذى شاب ارادة الأصل إذ أنه متعلق بعنصر من عناصر العقد موضوع النياية (المحل) حدده الأصل لنائبه مقدما .

والواقع أن هذا هو الحل الذى يقول به انصار نظرية تعاون

الارادتين التي سنتناولها فيما يلي من هذا الكتاب (١) فهم يقررون أن العقد محل النية تشترك وتتعاون في إبرامه ارادتا النائب والأصيل بنصيب يختلف باختلاف الأحوال وينون على ذلك أنه ينبغي الاعتداد عند النظر في عيوب الارادة بارادة النائب أو بارادة الأصيل في النطاق الذي كانت كل منهما مؤثرة فيه فينظر الى ارادة النائب في العيوب الواقعة في العناصر التي استقل بتحديدتها وينظر الى ارادة الأصيل في العيوب الواقعة في العناصر التي حددها لتأليه سلفا .

ولقد تأثر المشرع الإيطالي بهذه النظرية التي لها في إيطاليا كثير من الأنصار (٢) فنصت الفقرة الثانية من المادة ١٣٩٠ من القانون المدني الإيطالي على أنه « ومع ذلك اذا كان عيب الارادة متعلقا بعناصر حددها الأصيل سلفا لا يكون العقد قابلا للإبطال الا اذا شاب العيب ارادة هذا الأخير » (٣) .

وقد نعت لجنة تنقيح القانون المدني الفرنسي هذا المنحى اذ جاء نص المادة ٢٣ من المشروع الذي أقرته اللجنة العامة كالآتي .
« يرجع في تقدير انعدام الارادة أو تميعها الى شخص الأصيل أو

(١) بنه ٤٩ وما بعده .

(٢) انظر ما على بنه ٥٠ و ٥٨ .

(٣) انظر من المادة في ملحق الكتاب

ويلاحظ على صياغة هذه الفقرة أنها لا تطلب منه إمكان الأبطال اذا شاب ارادة الأصيل عيب في الأحوال المنصوص عليها . إنما تطلب الى عدم إمكان الأبطال الا اذا شاب العيب ارادة الأصيل دون غيره فمن تستبعد الصورة التي يشوب فيها ارادة النائب عيب متعلق بمصر حده الأصيل بينما تكون ارادة الأصيل سليمة من العيب أي يكون العقد مطابقا لحقيقة ارادته (وذلك كما لو اشترى النائب في مكانا للظلم في لندن النسخة مستطفا أنها تاريخية بينما يكون الأصيل حينئذ قد اشتراها مكانا بحقيقتها) . وحسبه الصورة الأخرى تمثل في عموم من الفقرة الاولى من هذه المادة التي تضمنت القامدة المنصوص عليها في المادة ١٠٤/١ من قانوننا الا أنه ليس لاستبعادها صراحة قيمة عملية كبيرة لأنه قلما يصور أن يستعمل الأصيل حقه في طلب إبطال العقد لعيب شاب ارادة النائب بينما يكون مطابقا لحقيقة ارادته هو .

شخص النائب في الحدود التي أسهمت فيها إرادة كل منها في إبرام التصرف « (١) » .

كما كان المشرع السوداني قد أخذ بنظرية اشتراك الإرادتين إذ نصت الفقرة الثانية من المادة ٨٩ من القانون المدني السوداني الصادر سنة ١٩٧١ (والمسمى الآن) على أنه « ومع ذلك إذا كان النائب وكلا ويتصرف وفقا لتعليمات صدرت له من موكله كان محل الاعتبار عند النظر في الأمور المشار إليها في البند السابق (وجود الإرادة والتميز عنها وعبوها وأثر العلم ببعض الظروف الخاصة وافتراس العلم بها حتما) هو شخص كل من الأصل والنائب وذلك بالقدر الذي أسهمت به إرادة كل منهما في إبرام المقد » .

٢٨ - ونرى أن في الأخذ بهذا الحل خطأ بين تصرفين قانونيين متميزين (٢) ينبغي لحسن فهم نظام النيابة الفصل بينهما وتمييزهما بدقة ألا وهما : (أ) المقد المبرم بين الأصل والنائب متضمنا إجابة الأول للثاني (وهو في الغالب الأعم عقد الوكالة) و (ب) المقد محل النيابة الذي يجريه النائب مع الغير . فإرادة الأصل تتجلى في

(١) انظر أعمال لجنة تنقيح القانون المدني ١٩٤٨/٤٧ ص ٩٢ و ٢٤١ .
« L'absence ou le vice de la volonté s'apprécie dans la personne du représenté ou dans celle du représentant dans la mesure où la volonté de chacun a concouru à l'acte ».

وقد كان النص المقابل من المذروع التيمولي الذي وضعته لجنة التصرفات الثانوية المنعقدة عن اللجنة العامة أقرب الى نص المادة ١٣٩٠ من القانون الإيطالي إذ كان كالآتي :

(٢) المادة ٧٠ من المذروع التيمولي «
« Les conditions de validité de l'acte passé par le représentant pour le compte du représenté s'apprécient uniquement dans la personne de ce dernier.
« Toutefois, si la volonté du représenté est entachée d'un vice, l'acte n'est annulable que si le représentant n'a fait qu'exprimer la volonté du représenté ; si la volonté du représentant est entachée d'un vice l'acte est annulable dans l'intérêt du représenté »

(٣) قانون الاحالة التي وردت على لسان الاستاذ تبوابيه في مناقشات لجنة تنقيح القانون المدني الفرنسي - « أعمال لجنة تنقيح القانون المدني » ١٩٤٨/١٩٤٧ ص ٢٦٦ .

التصرف الأول وهو ما خصمه بالانابة فهي المختصة له والمحصدة لمداه ولكن دور ارادة الأصل يقف عند حد الانابة فلا يتعداها الى التصرف الثاني (وهو الذى يقوم به النائب بمقتضى الانابة) فهذا تصرف قانوني مستقل عن الانابة لا يختلط بها فهما وان كانا متلازمين الا انهما متميزان فالأول تقتضيه ارادة الأصل والثاني تقتضيه ارادة النائب والقول باستقلال التصرفين يصحح حتى في الحالة التي يتصرف فيها النائب على أساس تعليمات صادرة له من الأصل اذ حتى في هذه الحالة يقوم النائب بنشاط ارادى خاص هو المنشئ في الواقع بالتصرف أو العقد الثاني واتباعه في ذلك لتعليمات الأصل لا يجعل لارادة هذا الأخير دخلا في التصرف الحاصل بطريق النيابة (١) .

واذن فاذا كان الأصيل في توجيه النائب وجهة معينة بخصوص عنصر أو أكثر من عناصر العقد محل النيابة قد وقع في عيب من عيوب الارادة فان ذلك العيب يخص فقط التصرف الأول المتضمن انابة الأصل لنائبه ولا يتعداه الى التصرف الثاني الذى يجره النائب بمقتضى الانابة ، واذن فمحب أثر هذا العيب الى التصرف الثاني وترتيب بطلان هذا التصرف على ذلك العيب الواقع في التصرف الأول أمر لا يستقيم في الفهم وبذلك يتضح خطأ هذا الرأي وعدم سلامة أساسه من الوجهة النظرية .

على أن هذا لا ينفي أن العدالة قد تقتضى تمكين الأصل في الأحوال المتقدمة من التخلص من العقد الذى يجره النائب بناء على توجيه من الأصل صادر عن ارادة معينة الا أن ذلك لا يكون عن طريق أبطال ذلك العقد للغلط أو التدليس أو الاكراه الذى وقع فيه الأصل لما في ذلك من خلط بين تصرفين متميزين على ما تقدم لنا يانه ،

وإنما يكون ذلك من طريق النتيجة الطبيعية التي ترتب على مثل هذا العيب في الإرادة. ألا وهي إبطال التصرف القانوني القائم على هذه الإرادة لمعية وهو. هنا للتصرف الأول المتضمن للاتابة وبمى أبطل هذا التصرف ترتب على ذلك البطلان سقوط التصرف الثاني الذي أجراه النائب صحيحا وذلك نتيجة لبطلان الاتابة نفسها ، فلا يكون التصرف الذي أجراه النائب نافذا في حق الأصل ، وبذلك فصل الى النتيجة العملية نفسها التي يذهب اليها أنصار هذا الرأي وتنص عليها الفقرة الثانية من المادة ١٣٩٠ من القانون الايطالي ولكن على أساس نظري صحيح لا يفرج به على ما تقتضيه طبيعة النيابة وذلك بأن نعتد في الحالات التي نحن بصدها بالغلط أو التدليس أو الاكراه الذي يدفع الأصل الى اتابة النائب ، وليس بالغلط أو التدليس أو الاكراه الذي يقع فيه الأصل بخصوص عنصر من عناصر العقد محل النيابة (١) .

٢٩ - وبذلك نرجع الى عموم القاعدة التي مقتضاها الرجوع في عيوب الإرادة الواقعة في العقد الحاصل بطريق النيابة الى شخص النائب لا الى شخص الأصل ، وهذه القاعدة المقررة في معظم القوانين

(١) وقد يشور في هذه الأحوال البحث في مدى الحماية الواجبة للفرد حسن النية الذي يتماثل مع النائب جاهلا لسبب بطلان التصرف المتضمن للاتابة. وإلى أي حد يتأثر بهذا البطلان أو يتحمل نتائجه ، ولا شك أنه قد تعرضت حالات تقتضي فيها حماية حسن النية ألا يجتبع بهذا البطلان على الغير المتصادم مع النائب ويرى الأستاذ باكيوني أن الغير حسن النية لا ينبغي أن يضار بأثر بطلان التصرف المتضمن للاتابة وإذن فهو يذهب الى عدم الاحتياج عليه بهذا البطلان ، انظر باكيوني ج ٢ ص ٣٦٤ .

وقد يكون في تقرير ذلك كقاعدة عامة غلو ولعل الأفضل ترك تقدير ذلك للقاضي في كل واقعة حسب ظروفها .

وفيمن القول أن مشكلة حماية الغير حسن النية تكون كذلك في ظل نظرية اشتراك الإرادتين لأن ما يكون من نصيب إرادة الأصل من عناصر التصرف وشروطه - طبقا لتلك النظرية - قد يكون سافها على الغير الذي يتفرد النائب بالتعامل معه في غيبة الأصل ، وإذن فتصيب إرادة الأصل في خصوص عنصر أو أكثر من عناصر العقد أمر لا يمتنى للغير أن يلم به - ومن ثم فإن مسألة حماية هذا الغير متى كان حسن النية تعرض لنا في ظل نظرية اشتراك الإرادة بقدر ما تعرض لنا في ظل نظرية إرادة النائب. فإن في الفقه الايطالي للاسطة التي أبداها ميرابيلو وللأشار إليها فيما يلي بند ٥١ حاشية

الوضعية تأخذ بها أيضا الشريعة الاسلامية فكتب علماءها تتكرر فيها المبارات الدالة على أن النائب يعقد العقد بإرادته هو لا بإرادة الأصيل فمن ذلك قولهم في الفرق بين الرسول والوكيل ان « الرسالة موضوعة لنقل عبارة المرسل فالرسول معبر والعبارة ملك المرسل ... وأما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل بل العبارة للوكيل » (١) وكذلك ما قرروه من أن ما « ارتضاه كبار الشراح في صدر كتاب الوكالة ... أن الموضوع لنقل العبارة انما هو الرسالة فان الرسول معبر والعبارة ملك المرسل وأما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل فان العبارة فيها للوكيل (٢) » ومعروف أن لفظ العبارة في اصطلاح الشرعيين يقابل الارادة المتفاقدة في الاصطلاح الحديث أو على الأصح « التعبير عن الارادة » (٣) واذن فما دامت القاعدة في الشريعة أن النائب انما يعبر في العقد الحاصل بطريق النيابة عن ارادته هو فيتمين الرجوع الى تلك الارادة في كل ما يتصل بسلامتها من العيوب وما عساه يكون عيبا في الرضا يتعلق بإرادته هو لا بإرادة الأصيل « ففكره يفسد العقد كما أن هزله يفسده أيضا اذا كان من العقود التي يؤثر فيها الهزل والاكره ، وله شروط الخيار لنفسه وله الرد بخيار العيب ، وله خيار القسح اذا تبين أن العقد حصل فيه غلط بأن عقد على أساس أن العقود عليه موصوف بوصف مرغوب فيه وتبين انه موصوف بغيره ، لأن كل هذه الأمور تتعلق بالرضا والمبرة في الرضا

(١) تافى زاده في تكملة شرح فتح القدير ج ٦ ص ٤ .

(٢) المرجع المذكور ص ٢٤ .

Déclaration de volonté. (٣)

هو رضا الماقد « (١) والماقد انما هو النائب كما صرحوا به في غير موضع (٢) •

فاذا رجعنا الى القانون الانجليزي وجدنا فيه احكاما يصح ان نستنتج منها أن قاعدة الرجوع في عيوب الارادة الى ارادة النائب موجودة في ذلك القانون أيضا فمن المقرر في القانون الانجليزي أن علم النائب بطروف التعاقد (وبخاصة المحل خاصة) هو العلم الذي يعتد به اذ يفترض أنه علم الأصل أيضا (٣) •

كما أن من المقرر في القانون الانجليزي كذلك أن التدليس الواقع على النائب سبب لبطلان العقد وأن للأصيل في هذه الحالة أن يرفع دعوى البطلان للتدليس الواقع على نائبه (٤) •

وقاعدة الاعتداء بارادة النائب فيما قد يشوب عقده مع الغير من عيوب الارادة مقرر كذلك في القانون الأمريكي (٥)

(١) محمد أبو زهرة « الملكية ونظرية العقد في الفريعة الإسلامية » سنة ١٩٣٦ ص ٣٣٤ •

(٢) انظر فتح التدبير ج ٦ ص ١٦ من الكلمة : الوكيل هو الماقد حقيقة لأن اعتماد يقوم بالكلام « وانظر ابن عابدين ج ٤ ص ٤١٨ والمفتي ج ٥ ص ٢٤٦ •

(٣) Sutton and Shannon on Contracts. الطبعة الثالثة لندن سنة ١٩٤٤ ص ١٤٨ •

« Knowledge possessed by the agent of the party deceived that the representation is untrue will as a rule be treated as the knowledge of the principal ».

وانظر في التدليس الذي يصدر من النائب نفس المرجع ص ١٥٧ •

(٤) Yehia Tag El Dine, « Le dol français et la Misrepresentation anglaise », Paris, 1926, pp. 148-149 : « En général la déclaration est adressée directement à la personne même qui en est victime. Mais elle peut l'être aussi à son représentant... Si donc la fausse déclaration est faite au représentant, c'est le représenté qui a le droit de se plaindre ».

« على وجه العموم يكون التمييز (المشوب بالتدليس) موجها مباشرة الى الشخص الذي هو ضحية التدليس ولكن يجوز كذلك أن يوجه ذلك التمييز الى النائب من ذلك الشخص •
وعمل هذا فإذا كان التمييز الكاذب موجها الى النائب فإن الأصل هو صاحب الحق في النظام من ذلك • يحيى تاج الدين ، التدليس في القانونين الفرنسي والانجليزي ، باريس سنة ١٩٣٦ ص ١٤٨ - ١٤٩ •

Restatement, Agency 2nd, No. 315 and 366.

(٥)

الفصل الثالث

في الظروف الخاصة المتعلقة بالإرادة

٣٠ - هناك غير الميوب التي تنساب الرضا ظروف أخرى متعلقة بالإرادة يوجب عليها القانون نتائج معينة وتؤثر بوجه أو بآخر في آثار العقد أو التصرف القانوني وذلك كحسن النية وسوء النية وكالعلم أو الجهل بظروف معينة متصلة بالتعاقد. وما إلى ذلك . فما هو حكم القانون الوضعي في هذه الحالات وهل ينظر في تقديرها إلى إرادة النائب أم إرادة الأصيل ؟

لقد تناولت المادة ١٠٤ من القانون المدني المصري التي تقدم لنا الكلام عليها في الفصل السابق هذه الحالات فشمستها القاعدة المقررة بخصوص عيوب الإرادة إذ نصت الفقرة الأولى من المادة على أنه « إذا تم العقد بطريق النياية كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما » واذن فالحكم في القانون المصري أنه « فيما يتعلق بالظروف التي تؤثر في الآثار القانونية للتعاقد يجب أيضا أن يكون مرجع الحكم عليها شخص النائب لا شخص الأصيل » (١)

(١) للفترة الإيضاحية على ثلاثة ١٠٤ .

ومن الصور التطبيقية لهذه القاعدة تاليف المذكرة الإيضاحية من مجاز الطعن بالدعوى البطلانية في بيع طرادين من مدين معمر توطأ مع نائب المشتري ولو أن الأصل ظل بمنزل عن هذا التواطؤ ومن تطبيقاتها كذلك الأحوال التي يتوقف فيها انتقال الملكية في المنتولات على حسن النية وهو ما نصت عليه المادة ٩٧٨ من القانون المدني المصري إذ قررت أن « من حاز بسبب صحيح منقولا أو العقار عينيا على منقول أو سنداً لحامله يطبخ مالكاً له إذا كان بحسن النية وقت إيازه » وقد كانت المادة القديمة تفسر بحسن النية هنا بكون « المسلم معتقداً بغيره الملك فيها للمسلم » فإذا كنا أمام بيع حاصل بين بائع غير مالك وبين نائب المشتري وكان النائب يعتقد وقت العقد ملكية البائع للمبيع ترتب على ذلك انتقال الملكية للمشتري بلا حاجة إلى البحث عن حسن نية الأصل نفسه (١) . ومن تطبيقات هذه القاعدة أيضاً حالة العلم بميوب المبيع (م. ٤٧٠) فإن العبرة في ضمان البائع لميوب المبيع الخفية - في حالة ما إذا كان المتعاقد معه هو نائب المشتري - هي علم النائب بتلك العيوب فإذا كان يعلمها فإن البائع يضمنها أما إذا كان عالماً بها مسقط عن البائع ضمان هذه العيوب بلا حاجة إلى الرجوع إلى شخص المشتري (الأصيل) والبحث عن مدى عمله أو جهله بحالة المبيع .

وفي الصور المتقدمة وما يجرى مجراها من الحالات التي تنوقف فيها آثار العقد كلها أو بعضها على العلم أو افتراض العلم حتماً بوقائع معينة حددها القانون وكذا الحالات التي تتأثر فيها آثار العقد بحسن نية أحد الطرفين أو سوء نيته ، يجب الاعتداد بشخص النائب دون الأصل ففى شخصه ينطبق تقدير حسن النية أو سوء النية وإلى إرادته يرجع في العلم أو افتراض العلم ببعض الظروف المعينة ، بحيث لو كان

النائب سبىء النية فإن الآثار التى يرتبها القانون على حسن النية لا تتولد حتى ولو كان الأصل حسن النية كما أن النائب متى كان عالماً ببعض الظروف الخاصة بالتعاقد ترتب على هذا العلم ما يقرره القانون من الآثار وذلك بصرف النظر عن شخص الأصل أى حتى ولو كان الأصل يجهل تلك الظروف ، هذا ولا عبرة فى هذه الأحوال كلها بما إذا كان النائب مطلق التصرف فى إجراء العقد موضوع النيابة أو موجهاً فى ذلك من النائب بتعليمات وتوجيهات تخص ذلك العقد فالقاعدة فى كل هذه الأحوال هى الاعتداد بإرادة النائب دون إرادة الأصل .

٣١ - ولا ينال من صحة هذه القاعدة ولا يقلل من دلالتها ما جاء بالفقرة الثانية من المادة ١٠٤ ونصها « ومع ذلك إذا كان النائب وكيلًا ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها » . إذ ليس مقتضى هذا النص الاعتداد بإرادة الأصل فى تقدير الظروف المتعلقة بالإرادة التعاقدية فى أحوال النيابة الاتفاقية ولا اعتبار أن لإرادته دخلاً فى اقتقاد العقد (١) ، فإن هذا النص لا يتناول إلا صورة واحدة هى صورة علم الأصل (الموكل) لظروف معينة يجهلها النائب (الوكيل) ولا تهدف هذه الفقرة إلا إلى غاية واحدة هى منع الأصل سبىء النية من التوصل بالنيابة إلى الوصول إلى نتائج لا يبيحها له القانون ، فغاية هذه الفقرة قطع السبيل على إساءة استعمال النيابة بحيث يتمتع على الأصل (الموكل) سبىء النية الاحتشاء وراء حسن نية نائبه والتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ، وإذن فهذا الاستثناء لا ينال من صحة القاعدة التى

(١) أنظر ما سياتى يصدد نظرية تعاون الإرادتين بند ٥٥ وما بعده .

تضمنتها الفقرة الأولى من المادة ١٠٤ ولا أدل على ذلك من أن هذا الاستثناء لا يتسع للصورة العكسية صورة جمل الإصیل لظروف كان يعلمها فاقبه •

وعلى هذا تبقى القاعدة المتقدمة سليمة في عمومها ويكون حكم القانون الوضعي في الظروف المتعلقة بالارادة الرجوع في تقديرها الى ارادة النائب دون ارادة الأصل •

وجدير بالملاحظة أن الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ يقتصر تطبيقها على الظروف الخاصة المتعلقة بالارادة (سوء النية والعلم أو الجهل بظروف التعاقد) ولا انطباق لها على عيوب الارادة (الخلط والتدليس والاكراه) (١) ، فقيما يختص بهذه العيوب يكون المرجح دائما ارادة النائب طبقا لحكم الفقرة الأولى من هذه المادة وذلك حتى في الحالات التي يكون فيها النائب وكلا يتصرف طبقا لتعليمات صدرت له من موكله • وهذا التحديد لمدى الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ يتفق والمقرر في الفقه الألماني بشأن مدى الفقرة الثانية من المادة ١٦٦ من القانون المدني الألماني (وهي الأصل الذي استمدت منه المادة ١٠٤ من قانوننا) نثمة يقرر الفقه أن الاستثناء الذي تورده الفقرة الثانية من المادة ١٦٦ على القاعدة المقررة في الفقرة الأولى منها لا يخص الاحسن النية الأصل وسوءها ولا يمتد الى عيوب الارادة التي تنطبق عليها في كل الحالات القاعدة التي تضمنتها الفقرة الأولى ألا وهي الاعتداد بارادة النائب (٢) •

(١) السنهوري : الوسيط ج ١ بند ٨٦ و ج ٧ • للجلد الأول • بند ٣٠٠ هامش ص ٥٧٩ حيث يشير للألف الملاحة الى ما قلناه بهذا الصدد في الطبعة الاولى من هذا الكتاب •

(٢) بروسكو - رامسباو من ٣٦٢ - ٣٦٣ ولتراجع الألفية المشار اليها فيه =

٣٢ - هذا وإن في نص المادة ١٠٤ عبارة تكررت في فقرتها قد تحتاج الى بعض الشرح والإيضاح وهي عبارة « افتراض العلم حتما » بالنظروف المرتبطة بالتعاقد . فما الذي يعنيه المشرع بقوله ان العبرة هي بشخص النائب في أثر العلم . بعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما ؟ وما معنى التسوية بين حالة العلم الحقيقي وحالة افتراض العلم ؟ وفي أى الحالات يمكن أن نقول أن النائب المتعاقد يفترض فيه حتما العلم بتلك الظروف الخاصة فنرتب على ذلك الافتراض النتيجة عينها التي ترتب على العلم الحقيقي بمقتضى المادة ١٠٤ ؟ لا شك أن هذه النقط مما سيثور حوله الخلاف عند التطبيق العملي لهذه المادة ولذا يقتضى الأمر تقرير معناها بكل وضوح وجلاء ، خاصة وأن المذكرة الإيضاحية لم تعرض لذلك مطلقا . واذا كان نص المادة ١٠٤ مأخوذا عن المادة ١٦٦ من القانون المدني الألماني (١) فانه يلزمنا الرجوع الى

« قانون عبد الحى حجازي ج ٢ ص ٢٢٨ - و أما الفقرة الثانية (من المادة ١٠٤) فتورد استثناء على الفقرة الأولى . فلذا كان مقتضى الفقرة الأولى وجوب الاعتماد بشخص النائب من حيث عيوب الإرادة والعلم أو افتراض العلم ببعض الظروف الخاصة ، فإن مقتضى الفقرة الثانية أن يستند - عند النظر في الأمور السابقة - بإرادة الأصيل وذلك إذا كان النائب وكيلًا يتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله » . وفي هذا الرأي الذي يسحب حكم الفقرة الثانية على عيوب الإرادة كذلك توسع في مدلول المادة ٢/١٠٤ لا يبيحه النص وتعتقد على أساس ما قلتم في المتن أنه ليس في محله .

ونظر أحمد حشمت أبو ستيت « نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد » الكتاب الأول - مصادر الالتزام - الفقرة ١٩٥٤ - بند ١٢٧ ص ١٢٠ حيث يتناول المؤلف عما إذا كان انطباق الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ « يقف عند حلم الأصيل ببعض الظروف كما هو واضح في النص » أم يمتد لى عيوب الإرادة ؟ ويقر الأستاذ الدكتور أبو ستيت أن واضح القانون الجديد يبدو أنه يأخذ بالحل الأول (الوسيط فقرة ٨٦) غير أنه يستطرد فيقول « أما نحن فلا نرى بأسا من الأخذ بالحل الثاني وعلى ذلك من أكرم الأصيل مثلا على أن يمتد تصرفا فاختار وكيلًا عنه في عقد ذلك التصرف والحال أن الوكيل لم يقع عليه إكراه فان التصرف يقع قابلا للأبطال » . ونرى أن هذه التوسعة من نطاق المادة ٢/١٠٤ حتى تشمل عيوب الإرادة لا محل لها مع وضوح النص كما أنه لا حاجة إليها في مثل المثال سابقه الاستئصال - أنظر أيضا بند ٢٨ .

(١) أنظر للمذكرة الإيضاحية ج ٢ ص ٥٩ تحت المادة ١٥٧ من المشروع الأول وهي المادة ١٠٤ من القانون .

ذلك القانون والى فقهه لمعرفة المقصود بتلك العبارة وتحديد مرماها
وتقرير حالاتها (١) *

ولقد تولت المادة ١٢٢ 'فقرة ثانية من القانون المدني الألماني بيان
الحالة التى يستوى فيها افتراض وجوب العلم بواقعة معينة والعلم
بتلك الواقعة فعلا وأوضحت المقصود بعبارة افتراض العلم حتما (٢)

(١) لم نفتنا ماحرص واضع التقنين المدنى الحالي على ابرازه فى اكثر من موضع
وهو ان النصوص المستقاة من التقنينات الاجنبية يجب اعتبارها منفصلة عن مصادرها
ومنسجمة فى مجموع التقنين المصرى بحيث لا يرجع فى تفسيرها الى مصادرها التشريعية
الاجنبية ولا الى الفقه الاجنبى وانما يرجع فى تطبيقها وتفسيرها الى النصوص ذاتها والى
ما دمج عليه القضاء فى مثل تلك الاحوال (تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ :
مجموعة الاعماء التحضيرية ج ١ ص ١٢٣ وتقرير لجنة القانون المدنى بمجلس النواب
مجموعة الاعماء التحضيرية ج ١ ص ٣٢ وانظر السنهورى : الوسيط ج ١ ص ٥٢ - ٥٧) *
غير انه من المسلم به ان الرجوع الى المصدر الاجنبى لازم لافراض البحث العلمى
(السنهورى : الوسيط ج ١ ص ٥٢) كما ان النصوص التفصيلية للأخوة فى التقنينات
الاجنبية فى مسائل لم يكن لها مقابل فى تقنيننا القديم ولا فى تطبيقات القضاء ترجعنا
ولا شك الى الرجوع الى تلك المصادر خاصة اذا تعلق الأمر باستنباط مدلول الصيغة
فان واضع القانون مسلمون بان النقل عن القوانين الاجنبية كان للاستئناس بالصياغة
والاستفادة من دقة التعبير والأداء (تقرير لجنة الشيوخ سالتب الذكر) * والأمر
بخصوص المادة ١٠٤ يحوجنا الى تبين مدلول عبارة « افتراض العلم حتما » وحى من
المباريات القليلة فى التقنين التى لا يمح فيها قول لجنة مجلس الشيوخ «الها » أصبحت
معبرة فى ذاتها عن المامنى التى استظهرها كل من ساهم فى وضع الشروع او مراجعته
او اقراره » وذلك لان الأعمال التحضيرية لا تتضمن الايضاح الكافى لتحقيق المقصود بهذه
العبارة * لهذا كله كان رجوعنا الى القانون الألمانى وفقه فى هذا الموضوع لا غبار عليه
ورغم الاعتبارات العامة المتعلقة بتفسير التقنين الحال *

وانظر فى هذا الصدد مؤلف الأستاذ رينيه خاليف « موسوعة القانون المدنى القانون »
باريس سنة ١٩٥٠ حيث يقول فى ص ٨٧ :

« يحوج الأمر فى حالات معينة الى استعمال الطريقة المقارنة من أجل فهم مدلولات
قانوننا الوطنى ، ومن ذلك حالة ما اذا القانون الفرنسى المطلوب تفسيره أو تطبيقه قد
تضمن نظاما أو صيغة مستمدة من قانون اجنبى » *

« Dans certains cas... il nous est imposé d'employer la méthode comparative
pour comprendre les solutions de notre droit. Il en est ainsi dans le cas
où la loi française, qu'il s'agit pour nous d'interpréter et d'appliquer, consa-
cre une institution, ou des formules, empruntées à un droit étranger ».
David : Traité élémentaire de droit civil comparé, Paris, 1950, p. 82.

(٢) kennen müssen ومنعنا وجوب العلم devoir connaître وهو التعبير =

التي تكررت بعد ذلك وخصوصا في المادة ١٦٦ ومنها يؤخذ أن المقصود بذلك هو علم العلم المترتب على تقصير أو إهمال (١) . وعلى هذا فكلما كان جمل النائب المتعاقد نظرف معين ناشئا عن إهماله ، بحيث لو كان قد تصرف بغير إهمال ولا تقصير لم يكن ليجهل ذلك الظرف . بفرض في النائب العلم بالظرف المذكور حتما وتترتب على ذلك نفس النتيجة التي تترتب على علمه فعلا بذلك الظرف ، واذن فمطل افتراض العلم حتما هو تقصير المتعاقد في التحرر عن ظروف التعاقد ، ولا شك أن تقدير ذلك التقصير مسألة موضوعية متروكة للقضاء في كل حالة حسب ملاساتها .

٣٣ - وما هو مقرر في القانون المصري بصدد الظروف المتعلقة بالإرادة مأخوذة به أيضا في القوانين الأجنبية ، ففي القانون الفرنسي نجد أنه رغم انعدام النص فالمقرر هو الرجوع الى ارادة النائب لا الى ارادة الأصل في حسن النية وفي العلم بالظروف المتعلقة بالتعاقد (٢) وهو ما سار عليه القضاء الفرنسي في أحكامه (٣) .

وفي القانون الإيطالي نجد أن المادة ١٣٩١ من المجموعة المدنية

= الذي جاء في المشروع النهائي للقانون المصري المقدم الى البرلمان واستبدلت به في مجلس الشيوخ عبارة « افتراض العلم حتما » حتى تكون دلالة النص أشتق كما جاء في تقرير اللجنة .

(١) انظر سالي في التعليق على م ١٢٢ - الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألماني ص ١٢٦ وانظر يويسكو - وامنسيانو ص ٢٨٨ .

(٢) انظر ديموج ج ١ بند ١٥٠ ص ٢٤٢ ويويسكو وامنسيانو ص ٢٤١ ورواست ص ٨٨ ويلاحظ أن المؤلف الأخير يرى (ص ٨٩) أن الأصل يستفيد من حسن نية نائبه مهما كانت نيته هو (أي ولو كان سيء النية) ، والحق أنه يجب أن تستثنى من عموم هذه القاعدة حالة سوء نية الأصل متى كان النائب يصل بناء على تعليمات منه وهو ماحوته الفقرة الثالثة من م ١٠٤ من القانون المدني المصري وذلك حماية للغير من سوء نية الأصل ومما له من التستر بحسن نية نائبه .

(٣) انظر حكم النقض الفرنسي في ١٥ يوليو سنة ١٩٩٨ - دالوز ٥٥٩/١/٩٨ وسيرى ٢٠٩/١/٩٩ مع تعليق للاستعلام تيسيه

تخص على أنه في الأحوال التي يعتد فيها بحسن النية أو بسوء النية وبالعلم أو الجهل بطرف معينة يكون المرجح شخص النائب ، هذا إذا تعلق الأمر بالعناصر التي حددها الأصل مقدما (١) فهذه المادة قد قررت قاعدة الرجوع في تقدير الظروف المؤثرة في التعاقد والمتعلقة بالإرادة إلى شخص النائب ، وإن كان لا يخفى ما فيها من تأثير بنظرية تماون الإرادتين الموجبة للتشريع الإيطالي في كثير من أحكام النيابة كما رأينا وسنرى ، وذلك إذ تشي هذه المادة من حكم القاعدة كل الحالات التي يحدد فيها الأصل بعض عناصر العقد متى كان حسن النية أو العلم بالظروف المتصلة بالتعاقد متعلقا بتلك العناصر . هذا وأن الفقرة الثانية من المادة ١٣٩١ من القانون المدني الإيطالي قد حوت الحكم الذي حوته المادة ١٠٤ فقرة ثانية من قانوننا إذ نصت على أنه « ليس للأصل سبب النية في أية حالة من الأحوال أن يستفيد من جهل النائب أو من حسن نيته » (٢) .

وقد أخذ القانون المدني السوداني الصادر سنة ١٩٧١ بالحل الذي اتبعه القانون المدني الإيطالي إذ أن مقتضى الفقرة الثانية من المادة ٨٩ منه الرجوع في تقدير أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما إلى شخص الأصل أو شخص النائب بالقدر الذي أسهمت به إرادة كل منهما في إبرام التصرف (٣) وبهذا الحكم

(١) انظر نص المادة في ملحق الكتاب .

(٢) انظر نصها في ملحق الكتاب .

(٣) ويلاحظ أن المادة ٨٩ من القانون المدني السوداني اللغتي جعلت خلوا من نص. تنص الفقرة الثانية من المادة ١٣٦١ من القانون الإيطالي التي تحول بين الأصل وبين النية وبين الاستفادة من حسن نية نائبه ، على أنها لا تعني أن هذا الحلف مقصود ولا شك في أنه لو لم يكن التفتين قد أُلغى لكان القضاء السوداني في تطبيقه لهذا النص سيحسم حتما مبيدا حسن النية بوصفه من المبادئ القانونية العامة الواجبة التطبيق فلا يسمح للأصل النية بالاستفادة من حسن نية نائبه ولا يحسم أصيلا حسن النية من نتائج سوء نية نائبه وإن تعلق سوء النية بعنصر من عناصر العقد يحسمه الأصل طبقا لما يجمل =

انفرد القانون السودانى من سائر قوانين البلاد العربية المستمدة من القانون المدنى المصرى على أن التقنين المدنى السودانى سرعان ما ألغى بعد صدوره لأسباب ليس هذا محل الخوض فيها وحل محله فيما تبصل بموضوع هذا الكتاب قانون الوكالة رقم ٦٣ لسنة ١٩٧٤ وليس فيه مثل هذا النص •

أما فى القانون الألمانى فإن قاعدة الاعتداد فى تقدير الظروف المتعلقة بالارادة بشخص النائب دون الأصيل قد تضمنتها المادة ١٦٦ من المجموعة المدنية التى قررت أيضا قاعدة الرجوع الى ارادة النائب فى تقدير عيوب الارادة اذ نصت على أنه « فى حالة ما اذا كانت الآثار القانونية لاعلان الارادة تتأثر بوجود عيب فى الارادة أو بواقعة العلم أو افتراض العلم حتما بظروف معينة ، فيرجع فى تقدير ذلك لا الى شخص الأصيل وانما الى شخص النائب » •

وفى القانون الانجيزى كذلك (١) نجد أن العبرة فى العلم بالظروف المؤثرة فى التعاقد هى بشخص النائب كما أن سوء نية النائب يجعل التصرف الذى يبرمه لحساب الأصيل مشوبا ولو كان الأصيل حسن النية على أن سوء نية الأصيل أيضا يؤثر فى العقد الذى يبرمه النائب وان يكن هذا الأخير حسن النية وذلك تحاشيا لتمكين الأصيل سىء النية من الاستفادة من حسن نية فائيه كما هو مقرر فى قوانين البلاد الأخرى التى عرضنا لها فيما تقدم • والقانون الأمريكى بدوره

= المرجع - فى ظاهر النص - الى نيته والسلبية دون نية النائب للعبوة • انظر ما يل
بند ٥١ •

(١) بولوك فى مبادئ القند طبعة ١٩٥٠ ص ٨١ حاشية ٣٣ وعلينتى فى العقود ج ١
فقرة ٨٠٨ حاشية ٢٢ وستوليجار. ص ٦٧ - ٦٩ •

يحتوى هذه الأحكام عنها بالنسبة الظروف المتعلقة بالإرادة وبالنسبة
لحسن النية وسوء النية .

واذن فجماع الأحكام الوضعية فى سائر التشريعات التى
استعرضناها بالنسبة للظروف المرتبطة بالإرادة أن العبرة فى صدد تلك
الظروف هى بإرادة النائب دون إرادة الأصل ، لم يشذ عن هذه
القاعدة فى إطلاقها سوى القانون الإيطالى والقانون السودانى الملقى
لتأثيرهما بنظرية تعاون الإرادتين ففى هذين القانونين رأينا أن المرجح
وإن كان إلى إرادة النائب فى الأصل إلا أنه يرجع أيضا إلى إرادة
الأصل إذا كان الأمر متعلقا بعناصر التصرف التى حددها لنائبه مقدما .
أما المادة ١٠٤ فقرة ٢ من القانون المصرى فلا استثناء فيها لمطلق الرجوع
إلى إرادة النائب وحده فى تحديد آثار الظروف المتعلقة بالإرادة التعاقدية
إذ أن ذلك النص إنما يرمى إلى قطع السبيل على سوء نية الأصل
فهو بهذا الوصف تطبيق لمبدأ حسن النية لا يتال من إطلاق القاعدة
الخاصة بالظروف المؤثرة فى الإرادة التى يقوم عليها التصرف القانونى
الحاصل بطريق النيابة .

٣٤ - الآن وقد انتهينا من فحص عناصر الإرادة التى يقوم عليها
التصرف القانونى الحاصل بطريق النيابة وبحسنا فى أحكام القوانين
الوضعية عن الشخص الذى يشترط توفر هذه العناصر فيه أهو النائب
أم الأصل ، يمكننا أن نسب هذه الإرادة التعاقدية إلى أحدهما وأن
نقرر ما إذا كان العقد الحاصل بطريق النيابة يتم بإرادة النائب أم بإرادة
الأصل .

فلقد رأينا أن عنصر الأهلية اللازمة للتعاقد يشترط توافره كاملا
لدى الأصل لا لدى النائب ، وإن كان لا محيص من كون النائب

ذا ارادة صحيحة مميزة فيشترط اذن أن يتوفر فيه أصل الأهلية وإن لم يلزم أن تكون تلك الأهلية على الكمال المطلوب لاجراء التصرف القانوني محل النيابة بالذات •

أما عنصر سلامة الارادة من العيوب فقد رأينا أن الأصل فيه أنه مطلوب في النائب دون الأصل على ما فسراه بمسدد هذه القاعدة في مختلف القوانين •

وأخيراً فإن الظروف المتعلقة بالارادة والمؤثرة في التصرف القانوني يرجع فيها هي الأخرى أصلاً الى شخص النائب دون الأصل على القاعدة العامة التي لا تختلف في عمومها من تشريع لتشريع •

فعلى ضوء ما تقدم يمكننا أن نحدد الارادة التي يقوم عليها التصرف الحاصل بطريق النيابة وتقيم على ذلك الأساس البنیان النظري لنظام النيابة ونشرح طبيعته وتبين كيفية عمله ، وهو ما سنقوم به في الباب التالي بعد أن تقدم بين يدي ذلك عرضاً للنظريات المختلفة التي قامت في الفقه بهذا الخصوص •

اليجب الثاني

في الطبيعة القانونية للنيابة

الفصل الأول

النظريات المقترحة لبيان طبيعة النياية

٣٥ - لئن كان موضوع النياية في التصرفات القانونية قد شغل في تطبيقاته العملية وأحكامه الجزئية من اختلاف الفقهاء حيزا كبيرا فإن مسألة تحديد الطبيعة القانونية للنياية في التصرفات القانونية كانت ميدانا واسعا لتضارب الآراء وتخالف وجهات النظر بين علماء القانون ولا غرو فنحن في مسألة طبيعة النياية بصدد بحث نظري ينفسح فيه مجال المضاربات العقلية وينطلق فيه النظر المجرد ولهذا ذهب الفقهاء في موضوع طبيعة النياية أكثر من مذهب من يوم أن تنبته الأذهان الى وجود النياية كنظام قانوني له كيانه الخاص ومقوماته الذاتية ، ولئن كان بعض النظريات التي وضعها الفقهاء لشرح هذه الطبيعة قد أصبح اليوم عند أهل الفقه من مخلفات الماضي ، فإن أكثرها لا يزال الى الآن يشور حوله الجدل ويتنصر لبعضه دون البعض فريق من الفقهاء دون فريق حتى ليصعب أن يقال ان في الفقه الحديث نظرية واحدة معينة مقبولة من الكافة في تفسير طبيعة النياية في التصرفات القانونية ، وإن كان من غير المتعسر استيضاح اتجاه ما نحو نظرية ما من تلك النظريات العديدة المتباينة .

ويمتطيم أن تقسم مختلف النظريات في هذا الباب إلى الأقسام

الآتية :

أولاً - نظرية الافتراض .

ثانياً - النظريات القائمة على فكرة الإرادة .

ثالثاً - النظرية المبنية على القانون الوضعي .

ولنعرض لهذه النظريات تباعاً لنرى بعد هذا ما قد يؤدي بنا إليه

البحث من رأى في الطبيعة القانونية للنيابة .

البحث الأول

في نظرية الافتراض

٣٦ - ساد في الفقه التقليدي مذهب لعله كان اتجاها عاما في

تفسير كل جديد من النظم القانونية ، ذلك هو مذهب الافتراض الذي

يفسر الخاصية المميزة للنيابة ، ألا وهي وقوع آثار التصرف القانوني

الذي يقوم به النائب للأصيل وعليه ، على أساس افتراض أن الأصيل

هو الذي قام بالتصرف القانوني وإن كان القائم به فعلاً هو النائب

فالأصيل يصبح بمقتضى تصرف النائب دائماً أو مديناً لأنه يفترض أنه هو

الذي قام بالتصرف القانوني المذكور .

يقول أحد أنصار هذه النظرية التي بدأت ببوتيه (١) أنه لا معدى

(١) « إذا أبرم الوكيل عقوداً ما مع الغير فإن الموكل هو الذي يفترض أنه تعاقد بواسطة وكيله وهو (الموكل) الذي يلتزم نحو الأشخاص الذين تعاقد معهم الوكيل بتلك الصفة ولا يترتب على الوكيل في هذه الحالة أى التزام لأن الافتراض أنه ليس هو الذي تعاقد وإنما هو فقط واسطة يفترض أن الأصيل قد تعاقد عن طريقها » بوتيه :

مجموعة الأعمال ج ٥ ص ٢٠٧ طبعة بوتييه . باريس سنة ١٨٦١ .

« Lorsque le mandataire... a fait quelques contrats avec des tiers... c'est en ce cas le mandant qui est censé contracter par son ministère, et qui s'oblige envers les personnes avec lesquelles son mandataire a contracté en cette qualité. Le mandataire, en ce cas, ne contracte aucune obligation... parce que ce n'est pas lui qui est censé contracter ; il ne fait qu'interposer son ministère, par lequel le mandant est censé contracter ».

Pethier : Oeuvres de Pethier, édition Egnnet. t. V, Paris, 1861, p. 207.

عن اللجوء الى الافتراض للقول بأن الشخص الذى قام بالعمل القانونى لا يلتزم بمقتضاه وانما يلتزم به شخص آخر لم يشترك في ذلك العمل (١) .

لقت هذه النظرية قبولا عاما طوال القرن التاسع عشر وفي مطلع هذا القرن العشرين لا من الفقهاء الفرنسيين وحدهم بل وأيضا في الفقه الألماني مثلا في وثنايد (٢) وظلت نظرية الافتراض هي النظرية التقليدية في تفسير طبيعة النيابة الى عهد قريب نسبيا حتى بدأ في مهاجمتها واظهار قصورها الشراح الذين وجهوا التفاتا خاصا الى موضوع النيابة في التصرفات القانونية وان كان من بين هؤلاء بعض قدامى أصحاب الرسائل في هذا الموضوع ممن تابع هذه النظرية وأخذ بها على علانها واكتفى في تفسير طبيعة النيابة بتقرير أنها افتراض قانوني أو حيلة قانونية (٣) .

٣٧ - كان في مقدمة الناعين على هذه النظرية كاييتان في مدخله (٤) فقد أرجعها الى تأثير الفقهاء الفرنسيين بقواعد القانون الروماني ودعا الى نبذها والى تقرير أن التصرف القانوني يصح أن ترجع آثاره الى شخص آخر غير القائم بذلك التصرف . وكذلك عدل عن هذه النظرية جميع الشراح الحديثين كما استبعدت من الطبقات الحديثة لمطولات القانون المدني الفرنسي التي كان أصحابها الأولون من

(١) لإبييه « مطلب في آثار اجازة أعمال النشوى » ص ٦١ - أشار اليه مادي

ص ١٠٦ .

Labbé : Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires, p. 11, cité par Madray, p. 106.

(٢) انظر بوبسكو - وامنيانو ص ١٩٨ و ١٩٩ والرجع المذكور فيه .

(٣) بوايه : رسالة من تولوز سنة ١٨٩٨ ، مابيان : رسالة من مارس سنة

١٨٩٩ ، بوكيه : رسالة من مونبلييه سنة ١٨٩٩ .

(٤) كاييتان : « المسئل الى دراسة القانون المدني » الطبعة الثالثة (سنة ١٩١٧)

ص ٣٣٥ .

أنصار هذه النظرية (١) كما قد جانبها جل أصحاب الرسائل في موضوع النية منذ مطلع القرن العشرين (٢) حتى ليصح أن يقال أن نظرية الافتراض هي الآن أدخل في باب التاريخ منها في باب علم القانون وإنما مستبعدة من نطاق النظريات المسلمة في الفقه الحديث .

والحق أن النظرية التي تفسر طبيعة النية في التصرفات القانونية على أساس الافتراض يسيها ما يعيب كل افتراض قانوني من عيب جوهرى مبته أن الافتراض دوران حول الاشكال لا حل له فالتألول بهذا المذهب يتجنبون معضلة الطبيعة القانونية للنية بالجوء الى فكرة الافتراض التي لا تفسر شيئا ولا تدل بذاتها على شيء اذ هي لا تمدو أن تكون تميرا عن واقع الأمر في النية لا تفسيرا لطبيعة ذلك النظام وتهربا من مواجهة المشكلة دون أن تكون حلا لها (٣) .

٣٨ - ثم ان نظرية الافتراض على عيها هذا الجوهري تقصر عن الاطاحة بجميع حالات النية فهي لا يمكن أن تنطبق على النية

(١) انظر مطولة بلاينول وريبير طبعة سنة ١٩٤٧ بمساعدة بولانيه ج ٢ ص ٥٢
 بند ١٢٦ وقد كانت الطبقات الاولى من مطولة بلاينول وريبير (Traité Élémentaire)
 تقر نظرية الافتراض . انظر مثلا الطبعة المأخرة ج ٢ ص ٧٤٩ بند ٢٢٤٠ مكررو والطبعة
 العادية عشرة ج ١ بند ١٨٤٨ .

(٢) بيلون : رسالة من كان سنة ١٨٩٧ ، كوديسكو : رسالة من باريس سنة
 ١٩١٢ ، بويسكو - رانسميانو : رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ ، مادراي : رسالة من
 بورجو سنة ١٩٣١ ، كلاويز : رسالة من ليل سنة ١٩٤٩ .

(٣) يقول العلامة ايرنج Ihering عن الافتراض :

« Le but de la fiction consiste à splanir les difficultés qui sont inhérentes à l'adoption et l'application de nouvelles règles du droit plus ou moins incertaines. Elle laisse la doctrine traditionnelle intacte dans son ancienne forme, sans cependant diminuer en quoi que ce soit, en pratique, la pleine efficacité de la forme nouvelle. La fiction tourne les difficultés au lieu de les résoudre. Elle n'est en cela que la solution scientifiquement imparfaite d'un problème et même.. d'être nommée un mensonge technique consacré par la nécessité ».
 Ihering : L'Esprit du Droit Romain, trad. Meulenaar, t. iv, p. 296 (Paris), 1888.

القانونية والنيابة القضائية (١) اذ كيف يفترض أن القاصر أو المحجور هو الذي يتعاقد بينما ارادته ناقصة كلياً أو جزئياً فهي ارادة لا يستقيم بها تصرف قانوني ؟ وكيف يمكن أن يقال ان رب العمل هو الذي يتعاقد بينما عقد الفضولي يكون من تلقاء نفسه وفي غيبة رب العمل ؟ وكيف يفترض أن الأصل هو الذي يتصرف بينما يكون تصرف نائبه التضامني على غير ارادته في غالب الأحيان ؟ فالأخذ بنظرية الافتراض يؤدي اذن في هذه الحالات اما الى القول بأن التصرف القانوني يستند الى ارادة معدومة أو عاجزة واما انكار الوقائع المادية ونسبة ارادة الى الأصل لم تكن له وقد يكون له عكسها .

فلافتراض على تجرده من القيمة في ذاته يفجر عن شمول كافة تطبيقات النيابة بل ويصطدم بالحقائق الواقعة ويلقى عليها غلا كثيفا من الاضطراب والغموض بدلا من أن ينيرها ويوضحها ، وفي مثل هذه الافتراضات قال العلامة جيني بحق « ان مصطنعات العقل لا تكون مقبولة الا بقدر ما تساهم في توضيح حقيقة الوقائع الأساسية فمتى نالت من هذه الوقائع بدلا من أن تؤيدها وجب أن تتمحى أمام الحقائق العليا » (٢) . واذن فلا يكون الافتراض مقبولا في تفسير طبيعة النيابة كما يجب ألا يكون مقبولا كتفسير علمي يرتاح اليه العقل اذ مهمة العلم

(١) انظر ديموج بند ١٤٧ من ٢٤٠ وفيفو دياتو من ٤٧٠ ومادراي من ١٠٩ ورواست من ٩٤ - ٩٥ .

(٢) جيني : العلم والمصلحة بند ٢٨٦ (ج٤ من ٦٤) ومن دواي السحب ملاحظه قبلنا الاستاذ رواست (من ٩٥) من ان جيني رغم دراسته العميقة للافتراضات القانونية، المرجع السابق بند ٢٤٠ وما بعده (ج ٣ من ٣٦٠ وما بعدها) كان من اواخر الذين جلولوا ياخذون في تفسير النيابة بفكرة الافتراض (المرجع المذكور ج ٣ بند ٢٤٠ من ٣٦٣) ولا ريب أن اسان النظر قد كان يؤدى به الى خلاف هذا المذهب .

الكشف عن الحقائق ومعرفة الأسباب والقول بالافتراض ليس الا اعترافا بالمعجز عن كشف الحقائق ومعرفة الأسباب (١) .

٣٨ مكرر - هذا وأن فقيها معاصرا خصص للافتراضات القانونية دراسة قيمة يرى أن الافتراض كفسير لظاهرة النيابة يدخل في باب ما يسميه « الافتراضات الميتة » ويقول ان معيار معرفة كون الافتراض ميتا أو أنه لا يزال حيا هو التساؤل عما اذا كانت العبارة التي يصاغ فيها الافتراض تتضمن زعما كاذبا ، فالقاعدة القائلة « من يتصرف بواسطة غيره يتصرف بنفسه » كانت في أصل أمرها افتراضا لأنها كانت تتضمن الزعم بأن التصرف المقصود قد تولاه الأصيل نفسه فعلا، غير أن هذه العبارة قد شاع استعمالها الى درجة أنها الآن تدل على معناها المقصود (ألا وهو أن الأصيل يلتزم قانونا بتصرف نائبه) دلالة مباشرة بعد أن سقط الزعم الكاذب الذي كان يتوسط من قبل بين العبارة وبين هذا المدلول وأصبح مهجورا لكونه نافله وعملية ذهنية لا جدوى منها ، والواقع أن موت الافتراض يمكن أن يقال عنه انه نتيجة لقانون أقل مجهود في مجال العمليات الذهنية (٢) .

وواضح مما يقوله الأستاذ فوللر أن الافتراض وان يكن « ميتا » فإنه لا يعدو كونه تعبيراً عن الواقع ولا يعنى عنا شيئا في فهم الظاهرة التي يعبر عنها أوفى تفسيرها ، فالقول بأن الأصيل يلتزم بأقرار تصرف

(١) وبخبرنا هنا قول العلامة بننام في الافتراضات القانونية :

«What you have been doing by the fiction — could you, or could you not have done it without the fiction? If not, your fiction is a wicked lie; if yes a foolish one. Such is the dilemma. Lawyer! escape from it if you can».
C.K. Ogden : Bentham's Theory of Fictions, London, 1932, p. 141.

(٢) لون فوللر : الافتراضات القانونية ، ستانفورد ١٩٦٧ ص ١٩ .

Lon L. Fuller : Legal Fictions, Stanford University Press, Stanford, California, 1967, p. 19.

النائب يصف الأمر الواقع دون أن يحاول الجواب على السؤال بكيف ولماذا . واذن فالافتراض الحي كذبة بلفاء والافتراض « الميت » تحصيل حاصل لا فائدة منه متى تعلق الأمر باقامة ببيان نظرى يشرح طبيعة نظام قانونى معين ويحلل أحكامه ويرتبها فيما بينها على وجه منطقى مقبول .

المبحث الثانى

فى النظريات القائمة على الإرادة

٣٩ - لما كان الافتراض غير صالح أساسا لتفسير الضيمه القانونية للنيابة فقد طرحه الفقه جانبا ، ونبذ فكرة الافتراض التى كانت تستر مشكلة طبيعة النيابة تجلت تلك المشكلة للبيان فى أظهر صورة وبدا واضحا أن اطراح نظرية الافتراض لا يفسر طبيعة النيابة ، انما هو يكشف عن تلك المشكلة القناع ويفتح الباب واسعا للحلول التى يصح أن تشرح طبيعة النيابة شرحا مقبولا وتفسر النتائج التى يؤدى إليها فى العمل نظام النيابة تحسيرا قانونيا سليما .

وإذا كانت الإرادة الفردية منشأ التصرف القانونى فقد قامت فى الفقه نظريات تفسر طبيعة النيابة على أساس الإرادة - ذلك المنصر المنشئ للتصرفات القانونية - ولا غرابة فى البحث عن طبيعة النيابة

= وفى موقع آخر يتسائل المؤلف عن الإجابة المقامة حل من الافتراض ؟ ويجب قائلا اننا اذا عينا بقولنا ان النائب كان ذا صفة فى التصرف ان الأصل قد خوله فلا تلك الصفة كنا أوامر افتراض .. اما اذا كان كل ما فيه هو أن للنائب فى تلك الظروف صفة قانونية فى الزام الأصل آثار التصرف لم يكن هنا لك الافتراض (فوثر . المرجع المذكور ص ٣٦) . وهنا أيضا نجدنا أمام تفسير من القاعدة القانونية دون محاولة لشرح طبيعتها . انظر فى الإجابة المقامة ما على البند ١٢٢ - ١٢٥ .

في التصرفات القانونية على ضوء الارادة طالما كان التصرف القانوني مبنا على الارادة بل كان - كما يصرون - ارادة متجهة الى احداث اثر قانوني .

على ان ظاهرة النيابة في التصرفات القانونية تنتظم أكثر من ارادة فردية واحدة ، واذا صرفنا النظر عن ارادة الغير الذي يتعاقد مع النائب بقيت لدينا في الطرف الآخر للتصرف القانوني ارادتان هما ارادة الأصل و ارادة النائب .

فأية ارادة تلك التي نأخذ بها لتفسير طبيعة النيابة ولنبررو رجوع آثار التصرف القانوني الى الأصل دون النائب ؟ أهى ارادة الأصل ؟ أم هى ارادة النائب ؟ أم هما ارادتا الأصل والنائب في وقت معا ؟ وبعبارة أخرى ما الارادة التي نعتقد بها التصرف القانوني الذي يتم بطريق النيابة ؟ ارادة الأصل أم ارادة النائب أم الارادتان معا ؟

والحق أن كلا من الاجابات الثلاث المتقدمة لم يعدن نصيرا بين الفقهاء وعلى هذا فقد انقسمت النظريات القائمة على الارادة أقساما ثلاثة .

القسم الأول : فى النظرية القائمة على ارادة الأصل :

• ع - حمل لواء هذه النظرية فى القرن الماضى العلامة سافنى (١) وابتضى مذهبه لا تكون النيابة فى جوهرها الا قولا لارادة الأصل ولا يعدو النائب أن يكون رسولا ينقل تلك الارادة وعلى هذا يكون المتعاقد أو القائم بالتصرف القانوني فى الحقيقة هو الأصل وما النائب

(١) سافنى : الالتزامات ترجمة هيبير ج ٢ ص ١٢٦-١٢٧ وخصوصا ص ١١١ -

١٣٠
Savigny : « Le droit des obligations », traduction Héppert, t. II, Paris, 1873.
pp. 93-146 (représentation).

الا أداة لنقل ارادته ومتى كان الأصيل هو الذى يقوم بالتصرف القانونى على هذا الوجه فطبيعى أن تقع له وعليه آثار ذلك التصرف.

ولا جدال فى أن هذه النظرية متأثرة كل التأثر بالقانون الرومانى
مضى تنقل الى القانون الحديث نظام الرسول *nuntius* المعروف عند
الرومان ، فسافنى يعتبر النائب مجرد رسول مبدى أن اتساع أو ضيق
السلطة التى تكون للنائب فى ابرام التصرف القانونى لا يغير من وضعه
القانونى ولا يخرج من كونه رسولا ومجرد أداة للتعبير عن ارادة
الأصيل يستوى فى ذلك عنده الرسول الذى يحمل رسالة يجمل
فحواها والوكيل الذى يفوض اليه أمر ابرام التصرف القانونى وتحديد
مضمونه ومداه (١) .

يصل سافنى الى هذه النتيجة عن طريق القول بأنه فى الحالة التى
يقوم بها النائب بعقد أو بتصرف قانونى معين محددة ظروفه وشروطه
سلفا يكون النائب ولا شك معبرا عن ارادة الأصيل وناقلها ،
وكذلك فى الحالة التى يكون للنائب فيها سلطة تقديرية فى التعاقد
لا يتغير الوضع فى جوهره لأن الأصيل اذ ينب عنده غير يتخذ مقدما
من ارادة النائب ارادة له وعلى هذا يكون التعاقد الحقيقى هو الأصيل
وتكون الارادة التعاقدية هى ارادته ذلك لأنه يتخذ لنفسه الارادة التى
سيبر عنها النائب عند التعاقد فيما يختص بالشروط التى لم تكن
معروفة سلفا كالتن أو المحل مثلا (٢) .

(١) سافنى المرجع السابق ص ١٢٢ .

(٢) سافنى : المرجع السابق الموضع المذكور حيث يقول المؤلف :

« S'il (le représentant) conclut alors le contrat pour moi, il doit néanmoins être regardé et jugé comme le simple messager dans les cas précédents... Car ma volonté dirigée vers différentes résolutions entre lesquelles le représentant doit avoir le choix, est encore toujours ma volonté, et le représentant lui-même apparaît dans tous ces cas, vis-à-vis de l'autre partie, comme simple porteur de ma volonté ».

وينظر ياكوبى ص ٢٩٧ - ٢٩٨ .

وعلى هذا الوجه يلغى ما فى التفرقة الجوهرية بين الرسول
والنائب مستندا من جهة أخرى الى الصعوبة التى تحول دون وضع
حد دقيق للتفرقة فى مختلف الحالات بين النائب والرسول . واذن
فسافى يعتبر النائب دائما وفى كل الحالات رسولا كما كان الحال فى
القانون الرومانى ومجرد أداة لنقل ارادة الأصيل الذى هو دائما
المتعاقد الحقيقى ، لا تستثنى من ذلك الحالات التى يكلف فيها
النائب بتحديد مضمون الارادة لأنه حتى فى هذه الحالات انما يعبر
النائب عن تلك الارادة باعتبارها ارادة الأصيل .

٤٠ مكرر - ونجد لنظرية ارادة الأصيل أصداء فى الفقه
الانجليزى والفقه الأمريكى - على قلة احتفالهما بالمباحث النظرية -
فقد كتب هولمز فى سنة ١٨٩١ يقول « ان الأصيل هو الذى يتعاقد ..
حتى فى الحالة التى يكون فيها للنائب سلطة تقديرية فى التصرف
وأيا كان مدى تلك السلطة التقديرية » . كما كتب كوك فى سنة ١٩٠٦
يقول « ان قانوننا لا يقول ان النائب هو الذى يتعاقد ثم تنتقل آثار
تعاقد بطريقه ما الى الأصيل بل انه يعتبر الأصيل هو المتعاقد عن
طريق النائب الذى ليس الا بمثابة واسطة للاتصال » (١) .

٤١ - ومع تسليمنا بأن التفرقة بين النائب والرسول قد
لا تكون فى كل الحالات من هينات الأمور فانه لا يمكننا اغفال هذه

(١) مشار إليها فى سفر من ٨١ حاشية ٢٩ حيث يشير المؤلف الى رأى سافنى
منقولاً عن الترجمة الانجليزية لكتابه « تنازع القوانين » . انظر أيضا ستولجار من ١٥
وبالاجد ان سافنى ينتصر لنظرية ارادة النائب الى يقول من ٨١ - ٨٢ .

« It is not true here that the contract is completed by the will of the principal alone, or that the agent is « a referee who settles the price », a mere « tetotum ». The contract comes into existence through the independent will of the agent, for the latter is responsible for his acts and words so far as his status as an individual permits. But the contract does come into existence in accordance with the expressed will of the principal and there is no departure from the theory of contracts ».

الترقة والقول باطراحها فهي قائمة ولا شك وهي لا غنى عنها على أية حال في القانون الحديث (١) . وقد عرضنا في غير هذا الموضع لهذه التفرقة بين النائب والرسول بالتفصيل . والذي ينبغي هنا هو أن نقرر أن اغفالها هو من مآخذ نظرية سافنى التى يحق فيها قول الأستاذ رواست أنها تحاول حل الاشكال عن طريق محوه (٢) .

ثم أن هذه النظرية على علاقتها يتوجه إليها النقد من ناحية عجزها عن شمول كافة أنواع النيابة ، إذ لا يجوز في العقل أن تنطبق الا في حالة النيابة الاتفاقية ، دون سائر الحالات التى يكون الأصل فيها معدوم الارادة أو ناقصها أو عاجزا فعلا عن استعمالها والا فكيف يصح في الأذهان أن يكون الوصى رسول القاصر والقيم رسول المحجور والحارس القضائى رسول الخصوم والقضولى رسول رب العمل ؟ وكيف يستقيم في هذه الحالات القول بأن الارادة التماقدية هي ارادة الأصل بينما يكون الأصل غير ذى ارادة أو يكون جاهلا أصلا بالتصرف القانونى الذى يجريه النائب . أما في حالة النيابة الاتفاقية فهذه النظرية في خلطها بين الوكيل والرسول تخالف حقائق الأشياء ، إذ القول بأن الوكيل مجرد أداة لنقل ارادة الموكل لا يتفق مع الدور الحقيقي للوكيل الذى يكون لتقديره مجال يتمم ويضيق حسب الأحوال ولكنه يخرج على إبه حال عن أن يكون مجرد ناهل

(١) أنظر بريبكر - دامنسيانو ص ٢١٥ .

(٢) رواست ص ٩٨ .

«... la théorie de Savigny, a essayé de résoudre le problème en le supprimant ». Rouast, p. 97.

ولا شك أنه متى كنا أمام رسول لئلا فلا يقوم الاشكال أصلا إذ لا تكون هناك نيابة وإنما يكون هناك تماقد بالامانة بين غائبين . أنظر ما قلناه به ٦ .

لارادة الأصل (١) ، ناهيك أنه في جميع الأحوال التي تكون الوكالة فيها عامة يكون مجرد الزعم بأن الوكيل انما يعبر عن ارادة حقيقة للموكل غير مقبول لأنه يخالف حقيقة الواقع فالوكيل العام يقوم في ادائه مهمته بتصرفات قانونية لعلها لم تخطر لموكله على بال وقد لا يتوقعها فضلا عن أن تتجه اليها ارادته واذن فلا يمكن أن تكون الارادة التي يقوم عليها مثل هذا التصرف القانوني الا ارادة الوكيل وعلى هذا فلا يكون التصرف تصرف الأصل ولا يكون هو المتعاقد الحقيقي كما تقول هذه النظرية .

٤٢ - هذا وان هذا المذهب فضلا عن عدم شموله للنسابة القانونية وعدم استقامته في حالات النيابة الاتفاقية فهو يناقض أحكام القانون الوضعي ولا يتفق مع النصوص التشريعية . من ذلك أن مقتضى القول بأن الارادة التعاقدية هي ارادة الأصل وأن المتعاقد الحقيقي هو الأصل أن يكون الاعتداد في عيوب الرضا وفي سائر ما يتصل بسلامة الارادة وكفايتها بشخص الأصل مع أن الحكم في سائر القوانين الحديثة أن شخص النائب هو الذي يكون محل الاعتبار في تقدير سلامة الارادة وأسباب فسادها ، وهو ما نص عليه قانوننا المدني في المادة ١٠٤ منه بقوله : « اذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الارادة أو

(١) لهذا ترى أنه غير صحيح ما يقوله الأستاذ سالفاتييه من أن الأصل لا يلتزم بآرادته هو عن طريق الوكالة الا سيحتمل تكون الوكالة خاصة فمقد ذلك تكون مهمة الوكيل محددة على وجه يجعل دوره مجرد النقل شبه الآلة لارادة الموكل . « الاطوار الاقتصادية والاجتماعية للقانون الخاص للمسلم » ج ٣ باريس ١٩٥٩ ص ٣٤ - ٣٥ وان يكن المؤلف قد اورد هذا القول في معرض الرد على أنصار نظرية ارادة الأصل موضحا أن الحالة التي يصلح فيها الوصف حالة خاصة لا تصلح أساسا لتقديم النيابة بصلة عامة ولا يسمنا الا أن نكرر أنه حتى في صورة الوكالة الخاصة للمعدة لا يمكن اعتبار النائب مجرد آلة لنقل ارادة الأصل .

في أثر العلم يعرض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما » .
وان نظرية تتناقض نتائجها مع أحكام القانون التي تنبئ تلك النظرية
لتفسيرها وتبريرها ليعتبر أطرافها اذ لا تكون قائمة على أساس
سلم .

لكل ما تقدم كانت النظرية التي تفسر طبيعة النيابة بالاستناد
الى ارادة الأصل غير مقبولة والحق أنه لم يعد لها بين الشراح
المعاصرين نصير .

القسم الثاني : في النظريات القائمة على ارادة النائب :

٤٣ - كان من شأن القصور الظاهر الذي يشوب تفسير
طبيعة النيابة على أساس ارادة الأصل - وهو قصور يجعل تلك
النظرية فضلا عن عيوبها الذاتية غير شاملة لجميع صور النيابة
وأشكالها - أن اتجه البحث وجهة الارادة الفردية الأخرى التي
تقابلها في ظاهرة النيابة وهي ارادة النائب .

والحق أن النظرية التي تفسر طبيعة النيابة على أساس ارادة
الأصل تمت الى نظرية الافتراض بسبب وهو ما يبدو جليا من تشابه
أوجه النقد التي تعرض لها كل من النظريتين والحقه اذ طرح فكرة
الافتراض انما طرحها ليواجه الواقع من أمر ظاهرة النيابة ويشرح
ذلك الواقع شرحا علميا مقبولا .

ولما كانت حقيقة الواقع أن لارادة النائب دورا كبيرا في التصرف
القانوني الذي يتم بطريق النيابة فقد كان طبيعيا أن يتجه البحث في
تفسير طبيعة النيابة وجهة ارادة النائب ولقد كان للعلامة اميرج فضل
الاشادة بهذا الاتجاه في ألمانيا في القرن الماضي (١) اذ قرر - خلافا

(١) يقتصر هذا المذهب باسم اميرج الذي اجاد في عرضها ومن كان يدعو للتعبه

المذهب Puchta أنظر باكويو ص ٢٩٨ .

لما كان ينادى به سافنى - أن الإرادة التي تقوم عليها التصرفات القانونية العاصلة بطريق النيابة إنما هي إرادة النائب وأن النائب هو دائما المتعاقد الحقيقي وإن رجعت آثار عقده إلى الأصل ، وقد عبر عن ذلك إيرنج بقوله أنه في حالات النيابة يكون هناك انفصام بين السبب والآخر فبينما السبب ، أى التصرف القانوني ، هو من فعل النائب نجد أن آثاره تتحقق في شخص الأصل (١) .

٤٤ - ولا ريب في أن مذهب إيرنج في اعتباره النائب هو القائم بالتصرف القانوني يتمشى مع حقائق الأشياء ، كما أن له فضل التفرقة بين النائب والرسول - تلك التفرقة التي يطمسها مذهب سافنى - فالأحوال التي يقتصر فيها الأمر على مجرد نقل إرادة الأصل تخرج طبقا لمذهب إيرنج عن نطاق النيابة - ذلك النطاق الذي لا تخلل فيه بحق إلا الأحوال التي يعبر فيها النائب عن إرادة خاصة به يقوم عليها تصرف قانوني ترجع آثاره إلى الأصل . كما أن هذا المذهب في اعتداده بإرادة النائب يساير الأحكام التشريعية القاضية بالرجوع في عيوب الرضا وحسن النية وغيرهما إلى إرادة النائب إذ طالما كان النائب هو المتعاقد وكانت إرادته هي التي توجد التصرف القانوني فإنه يتعين البحث عن سلامة الرضا وما إليها في تلك الإرادة دون إرادة الأصل كما هو مقتضى نظرية سافنى .

Thering : « Exposé du droit romain », trad. de Meulenaere, t. IV, (١)
Paris, 1888, p. 172 : « Au fond, le principe de la représentation n'est autre chose que la séparation de la cause et de l'effet : la cause, l'action concerne la personne du représentant ; l'effet, le droit concerne le représenté. Il y a donc là une séparation artificielle de ce qui, dans l'état naturel du rapport, est »

ليس مبدأ النيابة في الواقع إلا التفرقة بين السبب وبين الآخر ، فالسبب أو الفعل خاص بالنائب والآخر أو الحق خاص بالأصل . ولأن فكرة تفرقة مصلحة لئلا هو في الوضع الطبيعي للملاقة القانونية وحده « إيرنج : « روح القانون الروماني » ج ٢ ص ١٧٢ ترجمة موليت . باريس سنة ١٨٨٨ .

على أن مذهب إيرنج هذا وإن تضمن نواة الحقيقة فإنه ليس بياناً كافياً لطبيعة النيابة ولا تفسيراً وافياً لرجوع آكار التصرف القانوني إلى الأصيل ، إذ ليس يكفى أن تقرر أن المتعاقد الحقيقي هو النائب دون الأصيل وأن لدينا انقساماً بين السبب والأثر ، وإنما يلزمنا أن نفهم كيف أن عقد النائب تتحقق آثاره في شخص الأصيل دون شخص عاقله وكيف أن هذا « السبب » الذي من لدن النائب ينتج ذلك « الأثر » لدى الأصيل ؟ هذا هو النقص الذي حاول أكماه أنصار هذا المذهب من الفقهاء الذين ساروا في الطريق الذي كان للعلامة إيرنج فضل شقه ، ولننظر الآن فيما استحدثوه لنرى ما إذا كانوا قد أكملوا النقص وأوفوا على الغاية .

٤٥ - نظرية ييلون : قام ييلون في رسالته عن النيابة سنة ١٨٩٧ (١) بمحاولة بارعة لشرح طبيعة النيابة انتهى منها إلى تقرير أن النيابة هي في جوهرها « الحلول الحقيقية لشخصية النائب القانونية محل شخصية الأصيل وبعبارة أخرى فإن إرادة النائب الحالة محل إرادة الأصيل هي التي تسهم مباشرة وفعلاً في تكوين العقد الذي تقع آثاره في ذمة الأصيل » . ويبرر ييلون هذه النتيجة بالاستناد إلى فكرة الالتزام أو بالأحرى إلى المذهب المادي في الالتزام فهو يبدى أن الالتزام لم يعد الآن كما كان عند الرومان مجرد علاقة بين شخصين وإنما هو أولاً وقبل كل شيء رابطة بين ذمتين . وإذا كان مما يجافى النطق أن يرتبط شخص بإرادة شخص آخر فإنه لا يصعب التسليم بأن الشخص يستطيع أن يرتبط ذمة غيره وبعبارة أخرى أن الذمة

(١) أوستاش ييلون : « بحث في النظرية العامة للنيابة في الالتزامات » رسالة من

كان سنة ١٨٩٧

Pilon, Eustache : « Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations », Thèse, Caen, 1897.

يمكن أن يقع عليها أو لها التزام ما بمقتضى إرادة غير إرادة صاحبها ،
إرادة يضعها صاحبها في خدمة ذمة غير ذمته دون أن يلزم ذمته هو ،
فإذا اشترى زيد مالا من عمرو لحساب نفسه فإنه يلزم ذمته وكذلك
إذا اشترى زيد ذلك المال من عمرو لحساب خالد فإنه يلزم ذمة خالد
وبذلك تكون دائما في دائرة الالتزام ، وعلى هذا الأساس وحده يرى
ييلون أنه يمكن تفسير النيابة وذلك بالاستناد الى الفكرة المادية
للالتزام (١) .

٤٦ - وظرية ييلون هذه تلقى على جوهر النيابة ضوء لاشك
فيه ولكنها مع ذلك لا تفسر طبيعتها تفسيراً كاملاً فهي - كما قال
الأستاذ ديموج - تحليل للنيابة دون أن تكون تفسيراً وافياً لها (٢) .
فمن تقرير الواقع أن يقال ان العقد الذي ينعقد بإرادة النائب تقع
آثاره في ذمة الأصل ، وحسن أن نسمى لفهم ذلك بالنظر الى الالتزام
نظرة مادية ، ولكن ما الذي وراء هذه الظواهر ؟ ولماذا تلزم ذمة
الأصل بمقتضى إرادة النائب ، وكيف يحدث ذلك بالضبط مع
تسليمنا بإمكان حدوثه طبقاً للفكرة المادية للالتزام ؟ هذا ما نعتقد أن
الأفكار التي ساقها ييلون لا تصل الى الاجابة عنه اجابة شافية وبالتالي
فهى تقصر عن شرح طبيعة النيابة شرحاً كاملاً يقفنا على كنه هذا
النظام ويفسر لنا كيفية احداثه للآثار التي يبينها عليه القانون الوضعي .

هذا وان من الأحكام الوضعية للنيابة ما لا يكون مفهوماً على
وجهة اذا اكتفينا بقول ييلون ان « النيابة هي الحلول الحقيقي اتام
لشخصية النائب محل شخصيه الأصل بحيث تسهم إرادة النائب

(١) ييلون : لرجع للذكور ص ٤٧ وما بعدها وانظر أيضا يويسكو ورامسباتو
ص ٢٠٤ - ٢٠٥ ومادرى ص ١١١ - ١١٢ ورواست ص ٩٩ .
(٢) ديموج : « الأفكار الأساسية للقانون الخاص » سنة ١٩١١ ص ٨٧٨ حاشية .

الحالة محل إرادة الأصل مباشرة وفعلًا في تكوين العقد ، فإن هذا التبريف وإن كان له فضل التنبيه على الدور الذي تلعبه إرادة النائب في العقد الذي يتم بطريق النيابة ، إلا أنه لا يشرح بذاته ما يشترطه اتقان من كون العقد أو التصرف الذي يقسم به النائب مباحًا للأصل غير ممنوع عليه ، ولا ما هو مقرر من عدم اشتراط الأهلية اللازمة للعقد في النائب الاتفاقي والاكتفاء فيه بأهلية التمييز .

ولقد انتقلت هذه النظرية من جهة أخرى لاعتمادها اعتمادًا كبيرًا على فكرة الذمة المالية تلك الفكرة التي لم تعد بمنجاة من هجمات الفقهاء المعاصرين (١) ، هذا إلى أن نظرية ييلون أكثر ملاءمة لحالات النيابة العامة كنيابة الوصي عن القاصر مثلاً حيث يكون النائب معهودًا إليه بكل ما يتصل بذمة الأصل فهو يديرها في مجموعها ، ولكنها أقل انطباقًا على حالات النيابة الخاصة التي تنصب على تصرف معين ولا يقوم النائب فيها بمهمة إدارة ذمة الأصل في مجموعها إذ كيف فهم إذن أن إرادة النائب تنتج آثارها في تلك الذمة (٢) .

وكذلك فإن بعض الفقهاء (٣) قد نعى على ييلون قوله أن ذمة الأصل تلتزم بمقتضى إرادة النائب وأن النائب يضع إرادته في خدمة

(١) روست من ٩٩ وانظر في النظام النظرية التقليدية للذمة منرى جازان دراسة انتقادية لفكرة الذمة في اللغة التقليدية « رسالة منديجون سنة ١٩١٠ »
Gazin, Henri : « Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique », Thèse, Dijon, 1910.
واسماعيل غانم : « دراسة انتقادية لفكرة الذمة في القانون الفرنسي والقانون المصري »
رسالة من باريس سنة ١٩٥١ (على الآلة الكاتبة)
Ghanem : « Essai critique sur la notion de patrimoine en droit français et en droit égyptien », Thèse, Paris, 1951 (dactylographié).

(٢) روست من ٩٠٠ .

(٣) كويمباروس : « دور الإرادة في التصرف القانوني » ج ١ باريس سنة ١٩٣٦
من ٢٢٨ .
Coubarnos, Nicolas : « Le rôle de la volonté dans l'acte juridique », t. I, Paris, 1937, p. 228.

ذمة الأصل دون أن يلزم ذمته هو ، فقد قيل انه طالما كانت الذمة هي مجموع الروابط القانونية للشخص وكانت الرابطة القانونية في النظرية التقليدية ارادة قد اتجهت لاحداث أثر قانوني أو حالة داخلية في نطاق الارادة (état de la sphère de la volonté) فالذمة اذن هي مجموع حالات النطاق الارادي (l'ensemble des états de la sphère de la volonté) واذن فالذمة والارادة متصلان اتصالا لا يمكن معه انفصالهما على الوجه الذي تقتضيه نظرية ييلون .

ثم أننا نرى أن هذه النظرية في ايجادها هذا الرباط الوثيق بين الالتزام وبين تفسير النيابة تخرج عن العموم الذي يجب أن تصف به كل نظرية ، ذلك أن التصرفات القانونية التي تتم بطريق النيابة قد لا يكون محلها كلها انشاء التزام فالارادة كما تتجه الى ايشاء التزام فانها قد تتجه الى احداث أثر قانوني آخر ، وغير قليل من التصرفات القانونية لا يكون محلها انشاء التزام وانما أثرا قانونيا آخر فمن ذلك الاسقاطات بأنواعها ومن ذلك أيضا انشاء وتمديد وانهاء الحقوق العينية . وهذه التصرفات القانونية تقبل النيابة ومن هنا كانت هذه النظرية بوضعها قاصرة عن شمول هذه الحالات ، ومن هذه الوجهة أيضا ينالها النقد .

٤٧ - نظرية ليفي - أولمان : عمل الأستاذ ليفي - أولمان على تكملة نظرية ييلون في دراسة له عن النيابة في القانون الانجليزي (١) فهو كسابقه يربط بين تفسير النيابة وبين الفكرة المادية للالتزام اذ يقول أن تعريف الالتزام تعريفا ماديا يقرب النيابة من الاذهان ويسمح

(١) ليفي - أولمان : « نصيب القانون الانجليزي من النظرية العامة للنيابة في التصرفات القانونية » منشور في مجموعة أكاديمية القانون للقرن ج ١ لامي سنة ١٩٢٧ وأنظر أيضا بروسكو دامسياتو ص ٢١٦ وما بعدها ومانديي ص ١٢٢ وما بعدها ورواست ص ١٠٠ وما بعدها .

بتفهمها ثم هو يضيف الى هذا قوله أن النيابة هي في جوهرها وصف يلحق التصرف القانوني الذي يقوم به النائب مثله مثل الشرط والأجل فهي الوصف الذي بمقتضاه ترجع آثار التصرف القانوني الذي يقوم به شخص (يدعى النائب) لحساب شخص آخر (يدعى الأصيل) الى هذا الأخير مباشرة .

ذلك أن المهود في التصرف القانوني أن ترجع آثاره الى القائم به فإذا كان عقدا ارتبط به طرفاه ، أما اذا لحق ذلك العقد وصف النيابة فان مقتضى هذا الوصف أن يغير من الآثار العادية للعقد فيجعل الحقوق والالتزامات المتولدة عنه تتحقق في شخص الأصيل دون شخص النائب المتعاقد . هذا وأن مقتضى كل وصف تعديل يلحق الآثار الطبيعية للعقد - أو للتصرف القانوني - بإرادة الأطراف فالأجل يؤخر وقوع آثار التصرف القانوني والشرط يعلق وقوعها أو انقضاءها على واقعة مستقبلية ولكن ليس الشرط والأجل في مذهب ليفي أو مان هما كل الأوصاف التي قد تلحق التصرفات القانونية بل أن هذه الأوصاف لا تنحصر في الوصفين المذكورين (١) فان منها الوصف الذي نسميه « النيابة » وهو اذا لحق التصرف القانوني عدل من نتائج العادية وجعل آثاره ترجع الى الأصيل الذي قام النائب بالتصرف القانوني لحسابه دون أن يشترك هو في ذلك التصرف . وهذا الوصف المسمى النيابة يلحق التصرف القانوني اما بإرادة الأطراف ، واما بمقتضى القانون الذي يستند الى الارادة المفترضة للأطراف . وعلى هذا الوجه كما يقول أحد أنصار هذا المذهب (٢) تنطبق نظرية الوصف هذه على كل أنواع النيابة من اتفاقية وقانونية .

(١) أنصار هذا المذهب يسلكون معهما ، هذا النيابة ، التجريد abstraction ويردرون أن الأوصاف لا تنحصر مع ذلك فيما ذكر . أنظر بوبسكو - دامنيانو من ٢١٧ - ٢١٨ وماندري من ١٢٢ .
(٢) بوبسكو - دامنيانو من ٢١٨ .

٤٨ - وقد لاثت هذه النظرية في أول الأمر ثرجيا اذ قيل انها تفسر طبيعة النياية تفسيراً بسيطاً ينطبق على كافة حالاتها وقد بالغ في الانتصار لها بوجه خاص بويسكو - رامنسيانو في رسالته التي سبقت الاشارة اليها ولكن شيئاً من ايمان النظر يجعلنا لجانب هذا المذهب ولا نسلم لاصحابه بما ذهبوا اليه .

فليس صحيحاً القول بأن النياية وصف يلحق التصرف القانوني الذي يقوم به النائب أو العقد الذي ينمقد بين النائب والغير المتعاقد معه ، ذلك أن مقتضى كل وصف أن يغير من آثار العقد العادية فيما بين المتعاقدين فالأجل مثلاً يؤخر تنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد ، والشرط يوقف قيامها أو انقضاءها على واقعه مستقبله ولكن ذلك كله لا يتعدى العلاقة بين طرفي العقد . أما أن وصفاً في عقد بين شخصين يمتد الى شخص ثالث فيوقع على عاتقه آثار ذلك العقد فهذا مالا يفهم على أساس فكرة الوصف بل ينقصنا هنا عنصر آخر لفهم هذا الوضع ، عنصر خارج عن العقد الذي يتم بين النائب والغير وهذا ما أغفلته نظرية ليفي - أولمان وما نلده عيباً جوهرياً فيها ، فلا يستقيم اذن القول بأن النياية وصف مثل الشرط والأجل (١) ذلك

(١) وهل أدل عل ذلك من الغلط الذي وقع فيه بويسكو - رامنسيانو في تلكه لرسالة مادري (المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٢ ص ٤٤٧) اذ يقول في معرض دفاعه عن هذه النظرية :

« C'est que la modalité-représentation n'est pas due à la volonté des parties contractantes, mais aussi à celle du représenté, par le fait même qu'il a accordé à l'une de celles-ci le pouvoir de représenter. La volonté des co-contractants est par conséquent limitée par ce pouvoir de représenter. Ce n'est qu'autant que la volonté des premiers est conforme à celle du représenté que... celui-ci peut se trouver lié, qu'en d'autres mots la modalité-représentation peut prendre naissance ».

فكيف يفهم ان وصفاً في عقد مالا يتوقف على ارادة طرفيه المنشئة له انما ايضا على ارادة شخص ثالث غير مشترك في العقد هو الاميل ؟ ومتى كانت الأوصاف التي تلحق العقود لا ينفرد بأمرها أطرافها للبرهون لها وانما يكون لإرادة الغير دخل فيها ؟

أن الوصف بطبيعته قاصر على العلاقة بين أطراف المقد أنفسهم ولا يتناول شخصا بعيدا عنه ولا يحتاج في فهمه الى عنصر خارجي .

ولقد اختلفت هذه النظرية أيضا من جهة أخرى اذ قيل ان الوصف بحسب تعريف أنصارها له هو أحد العناصر العرضية التي قد تلحق التصرف القانوني بمقتضى القانون الوضعي أو بإرادة الأطراف ، وهذا التعريف لا يمكن أن تقوم عليه نظرية تفسر طبيعة النيابة في التصرفات القانونية فإن النيابة تتناول عنصرا جوهريا في التصرف القانوني ولا يمكن بحال اعتبارها مجرد عنصر عرضي اذ ينبغي عليها تحديد أشخاص الأطراف في التصرف القانوني ، وذلك عنصر جوهري فيه لا يكتمل التصرف القانوني بدونه ، ولا ريب في أنه يجب أن تكتمل للتصرف القانوني كافة عناصره الجوهرية حتى يمكن أن يلحقه وصف أى عنصر عرضي يعدل من بعض آثاره كما هو الحال في الأوصاف التي تعرفها المجموعة المدنية من شرط وأجل ، فالذين يدرجون النيابة مع هذه الأوصاف ويعدونها مثلها عنصرا عرضيا يلحق التصرف القانوني بجانبون ولا شك جادة الصواب (١) .

واذن فهذه النظرية بدورها غير مقبولة تفسيرا صحيحا لطبيعة النيابة رغم ما لها من مظهر براق لعل مرجحه الى أنها اذ تعتبر النيابة وصفا تسلكها في سلك تعرفه قوانينا المدنية وتصلبها في قالب من القوالب المعروفة للمشتغلين بالقانون ، ولكن هذا ليس فضيلة في ذاته فإن طبيعة النيابة ينبغي البحث عنها بحثا مجردا في خصائص ذلك النظام ، وقد يؤدي بنا البحث الى اعتبارها نظاما مستقلا بذاته كما هو الواقع ، ولا غشاضة في ذلك فليست مهمة البحث الفقهي ادخال كل نظام جديد في نطاق نظام أو مجموعة من النظم التي يعرفها من قبل علم القانون .

(١) مائدى من ١٢٧ روايت من ١٠١ .

٤٨ - مكرر - نظرية مسافاتيه : حاول الأستاذ مسافاتيه في مؤلف له ظهر سنة ١٩٥٩ (١) شرح طبيعة النيابة في التصرفات القانونية بالاستناد الى فكرة العضو *organe* فهو يرى أن النيابة هي أن تحل في ابرام التصرف القانوني ارادة شخص يقوم بدور العضو محل ارادة الشخص الذي ستتصرف اليه آثار ذلك التصرف ، وبمقتضى وظيفة العضو المذكور تكون ارادته هو لا ارادة الأصل هي التي يقوم عليها التصرف القانوني ، ويمكن تبرير هذه الظاهرة في الضرورات التي تملها الحياة القانونية للشخص صاحب الشأن (أي الأصل) وهكذا فإن فكرة العضو لا يقتصر مجالها على الأشخاص المعنوية وانما يمتد أيضا الى الأشخاص الطبيعيين اذ أنهم يمدون الى الاستعانة بعضو هو النائب كلما كانت ارادة صاحب الشأن هسه غير كافية لمواجهة ضرورات حياته القانونية فهنا تسد ارادة النائب بوصفه عضوا للأصل هذا النقص استجابة لضرورات الحياة القانونية للأصل .

وواضح ما في هذا القول من تأثير بنظرية الشخصية المعنوية فهو يحاول شرح الطبيعة القانونية للنيابة بقياس دور النائب على دور عضو الشخص المعنوي ويحطو المؤلف في هذا ما هو مشاهد من تزايد الأشخاص المعنوية المستمر كما ، وأهمية بحيث أصبحت تلك الأشخاص المعنوية تقوم بمعظم النشاط الاقتصادي في القطاعين الخاص والعام .
مما غير - في نظره - من معطيات النظرية التقليدية للعقد (٢) .

٤٨ مكرر ٢ - وأول ما يؤخذ على هذا الرأي أن تشبيه شيء بشيء ليس بالضرورة شرحا لطبيعة أيهما بل أن أوجه الخلاف بين طرق

(١) Savatier, *Métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 3ème série, Paris (Dalloz), 1959, No. 359 bis.

(٢) للرجع السابق بند ٢٥٧ .

التشبيه قد تكون أهم من أوجه القسمة - السطحية أحيانا - التي يقوم عليها التشبيه .

ثم ان القول بأن النائب عضو الأصل لا يصل بنسب في شرح طبيعة النيابة الى مداه اذ يبقى أن نعرف بعد ذلك كيف يتسنى لهذا العضو أن يؤثر - بارادة المفروض في النظرية أنها ارادته هو - في الحياة القانونية لصاحب الشأن ، كيف ولماذا على وجه التحديد تقع آثار تصرف العضو في ذمة الأصل مباشرة .

هذا الى أن سافاتييه يكتفى بما بين وضع الشخص المعنوى ووضع الأصل من اشتراك في اعتماد كل منهما على نشاط شخص طبيعي آخر (هو العضو في حالة الشخص المعنوى وهو النائب في حالة النيابة) في تحقيق أغراض حياتهما القانونية ويرى في هذه الظاهرة المشتركة بينهما أساسا كافيا لشرح طبيعة النيابة استنادا الى فكرة العضو ، فعنده اذن أن الفرق بين اعتماد الشخص المعنوى وبين اعتماد الشخص الطبيعي على نشاط شخص آخر هو مجرد فرق في الدرجة بينما الواقع أن ثمة فرقا في النوع بين الوضعين فالشخص المعنوى لا يتكامل وجوده في الميدان القانونى الا مع وجود عضوه ولا سبيل له الى التعبير عن ارادته الا بواسطة ذلك العضو ، فالعضو اذن بالنسبة للشخص المعنوى عنصر جوهري دائم اما الشخص الطبيعي فله وجوده المتكامل في الميدان القانونى بصرف النظر عن وجود نائب له ، ذلك أن للشخص الطبيعي ارادة ذاتية اما بالفعل (أو في الحال) واما بالقوة (أو في المال) وهذا القرض الثانى يخص عديمي الاهلية كالمجنون والعسبي غير المميز فقولاء ما لهم الى أن يستكملوا ارادتهم الذاتية اما ببلوغ السن المطلوبة واما بزوال عارض الاهلية ، وحتى اذا لم يزل عارض الاهلية (الذى من شأنه انعدامها لا مجرد نقصها) فان

ذلك لا ينفي استمداد الشخص الطبيعي نظرا لأن تكون له إرادة ذاتية، وهكذا يبين أن النيابة بالنسبة للشخص الطبيعي أمر عرضي مؤقت بينما العضو بالنسبة للشخص المعنوي عنصر جوهري دائم أو هو بمادة أخرى جزء من كيان الشخص المعنوي ذاته وليس كذلك النائب بالنسبة للأصيل (١) •

وأخيرا فإن العضو بالمدلول اللغوي وبالمفهوم القانوني أيضا هو الجارحة المعبرة عن إرادة صاحبها ولهذا كانت الإرادة التي يعبر عنها عضو الشخص المعنوي هي في نظر القانون إرادة ذلك الشخص نفسه وتصرفات العضو لحساب الشخص المعنوي هي تصرفات تتم بطريق الأوصالة فإذا قلنا أن النائب عضو الأصيل تعين أن نسلم بأن الإرادة التي يتعقد بها التصرف الذي يتولاه النائب هي إرادة الأصيل التي تعبر عنها جارحته المختصة بالتعبير عن الإرادة وبذلك تنتفي فكرة النيابة أصلا ويكون التصرف حاصلًا بطريق الأوصالة (٢) •

لهذا كله لم تكن نظرية مافاتييه أجدر من غيرها بأن تعتبر شرحا وافيا لطبيعة النيابة في التصرفات القانونية •

القسم الثالث : في النظرية القائمة على اشتراك الإرادتين :

٤٩ - يحتل أنصار هذه النظرية مكانا وسطا بين النظريتين المتضادتين السابقتين ، تلك القائمة على إرادة الأصيل وتلك التي تبني

(١) أشار سافاتييه الى في « قريب من هذا الاقتراح في شرحه لبعض أحكام النيابة لكنه لم ينتبه الى ما في ذلك من نقض لنظريته في طبيعة النيابة - انظر المرجع السابق بند ٣٧٥ •

(٢) يلاحظ أن الاستدلال سافاتييه كان متعلقا مع نفسه حين اعتبر عضو الشخص المعنوي نائبًا وخلط بذلك بين فكرة النيابة وفكرة العضو (هذا الخلط الذي هو أساس نظرية في طبيعة النيابة) انظر ما على بند ٩٧ حاشية ١ •

على ارادة النائب بأشكالها المختلفة فقد لاحظوا أن النيابة ظاهرة تناول أشخاصا ثلاثة : النائب والأصيل والغير المتعاقد مع النائب ورأوا أن تفسيرها على أساس ارادة النائب المتعاقد وحده لا يكون وافيا اذ لا بد في نفس الوقت من النظر الى ارادة الأصيل واعتداد بها بغير ماتسهم في التصرف القانوني الذي يتم بطريق النيابة .

وأول من قال بهذه النظرية الفقيه الألماني متيس *Mittels* في كتاب له عن النيابة في القانون الروماني سنة ١٨٨٥ (١) . ثم تابعه فيها فارتوفاري في إيطاليا (٢) ومؤدى نظرية متيس هذه أن التصرف القانوني الذي يتم بطريق النيابة ليس وليد ارادة الأصيل وحده ولا وليد ارادة النائب وحده وانما هو قاج تعاون هاتين الارادتين اللتين تشتركان في التصرف القانوني وتولدانه معا وعليه فيتعين النظر الى ارادة الأصيل والى ارادة النائب لمعرفة نصيب كل منهما في التصرف القانوني فيعتد بارادة النائب في حدود ما باشره بنفسه ويعتد بارادة الأصيل في حدود التعليمات الصادرة منه لنائبه .

ولتوضيح كيفية تطبيق نظريته يقرر متيس أن جميع حالات النيابة تدخل في واحد من الأقسام الثلاثة الآتية :

- ١ - حالات يعطى فيها الأصيل للنائب وكالة محددة ومقيدة بشروط ما على النائب الا اتباعها وهذه الحالات أدخل في باب الرسالة .
- ٢ - حالات يمهّد فيها الأصيل الى النائب بأجراء تصرف قانوني يترك للنائب تحديد مضمونه بلا قيد ولا تحديد .

(١) *Mittels, Ludwig* : «Die Lehre von der Stellvertretung nach römischen Recht», Wien, 1885.

ونظر عرض النظرية في كوريسكو من ٣٧ وما بعدها وديوج من ٢٤١ بند ١٤٩ وباكيوني من ٢٩٩ وراسست من ١٠٢ .

(٢) *Tartufari, Luigi* : «Della rappresentanza nella conclusione dei contratti», «Archivio Giuridico», vol. 43, 1889.

٣- حالات يحدد فيها الأصل للنائب بعض عناصر التصرف
القانوني ويترك له تحديد بعضها فتكون لكل من الأصل والنائب إرادة
معينة وانما جزئية .

ففي الحالات الداخلة في القسم الأول يجب الاعتداد بإرادة
الأصل فقط اذ تكون هي المنشئة للتصرف القانوني ، وفي الحالات
الداخلة في القسم الثاني يمتد بإرادة النائب وحده أما حالات القسم
الثالث حيث تشترك إرادتا النائب والأصل في التصرف القانوني بنسب
متفاوتة فيعتد فيها بإرادة الأصل أو بإرادة النائب في النطاق الذي
تكون كل منهما مؤثرة فيه ، هذا مع ملاحظة أن إحدى الإرادتين
المشتركتين تكون الغالبة في التصرف القانوني وقد تكون هي إرادة
النائب أو إرادة الأصل حسب الأحوال .

وهنا يقيم متيس ثرة دقيقة اذ يقول ان توزيع الإرادة بين
الأصل والنائب قد يكون منصبا على شروط العقد المختلفة (١) وقد
يكون منصبا على اتمام العقد أصلا أو عدم اتمامه (٢) فمثال النوع
الأول أن يحدد الأصل الشيء المراد شراؤه تاركا تحديد الثمن للنائب
وفي هذا النوع ينظر الى إرادة الأصل فيما يختص بالشيء محل العقد
- في مثالنا المتقدم - والى إرادة النائب فيما يختص بالثمن واذن
فيصح في مثل هذه الحالة للأصل رفع دعوى العيب الخفى حتى لو كان
النائب عالما بعيوب الشيء . أما النوع الثاني فمثاله أن يحدد الأصل
الشيء المراد شراؤه وثمنه وسائر شروط العقد تاركا مع ذلك للنائب
تقدير مناسبة اجراء التصرف أى اتخاذ القرار النهائي في اتمام العقد

(١) ويسمى هذا النوع توزيعا منبسطا extensive للإرادة

(٢) ويسمى هذا النوع توزيعا مركزا intensive للإرادة - انظر باكيوني

أو عدم اتمامه وفي هذا النوع ينظر الى ارادة الأصل والى ارادة النائب
في نطاق تأثير كل منهما في العقد .

٥٠ - هذه هي النظرية التي نالت لتوسطها بين الطرفين موافقة
طائفة من الفقهاء في فرنسا (١) وفي مصر أيضا (٢) كما أنها اجتذبت في
إيطاليا - وطن أحد مبتدعيها - مزيدا من الأنصار (٣) الا أننا نعتقد أن
هذه النظرية في توسطها بين النظريتين المتضادتين نظرية ارادة النائب
ونظرية ارادة الأصل ينالها من النقد ما ينال هاتين النظريتين بوجه
أو بآخر فهي فيما تقرره من أن التصرف القانوني ينعقد جزئيا بارادة
الأصل يرد عليها ما يرد على مذهب سافنى من قصور عن شمول كافة

(١) كريسكو : رسالة من باريس سنة ١٩١٢ - ٥ موج ص ٢٤٢ بند ١٥٠ -
رواست ص ١٠٨ - فيوريانو ص ٤٧٢ - فالك - بيوتان ص ٣٨ - بولانيه : مقالة
رسالة كلارين ص ٧ - ٨ ، اسنان في موسوعة بلا ليون وريبير طبعة ١٩٥٢ ج ٦ بند
٥٧ ، سالافانيه في مقال منشور في « فالور الاسيوي » ١٩٥٩ ص ٤٧ وما بعدها بند
٢٢ ، مارتى ودينو : القانون المدني ج ٢ المجلد الاول - باريس ١٩٦٢ بند ٩٠
والحاشية ٢ .

(٢) السنهوري : الوسيط ج ١ بند ٨٣ ص ١٩١ وبند ٨٥ ص ١٩٢ (وان يكن
السلامة السنهوري قد انتهى في الجزء السابع من « الوسيط » الى الأخذ بنظرية ارادة
النائب - انظر الوسيط ج ٧ ، المجلد الاول ، بند ٣٠٠ ص ٥٧٨ و ٥٨١) وحلوى
يهجت بدوى بند ٥٠ ص ٨٧ « ان العقد الذي يفتقه النائب الما يشترك فيه ارادة النائب
والثمة المتعاقد معه والأصيل . و ارادة النائب تنفاوت في الأثر بتفاوت الحرية التي تركه
له في العقد والتطبيق الدقيق لقواعد الترفى يؤدي بنا الى الرجوع الى ارادة النائب
في كل ما كان له الحرية في تصرفه والى ارادة الأصل في كل ما فرض على النائب »
وحشمت أبوسنت بند ١٢٤ - كما اختار هذه النظرية كذلك خفيق سحاله في ختام بحثه عن
« فكرة النيابة في القانون الروماني » مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٤٥ بالفرنسية
ص ١٧٢ وحاشية ١ - وأنور سلطان في « النظرية العامة للاتزام » ج ١ بند ٢٨
ص ٦٩ .

(٣) ساجيزى « النيابة » لايرل سنة ١٩٣٣ - جازيالى في حوليات كلية الحقوق
بجامعة بيروينا المجلد ٣٧ سنة ١٩٢٥ - بولياي في حوليات معهد الحقوق بجامعة مينا
المجلد الاول سنة ١٩٢٧ .

أواع النيابة بل هي تقتصر على النيابة الاتفاقية (١) ثم هي إذ تقرر
أن العقد ينمقد جزئيا بإرادة النائب تكفى بهذا التقرير ولا بحث فيما
وراءه عن كيفية رجوع آثار إرادة النائب الى الأصل ومن هنا يتوجه
اليها النقد الذى يتوجه الى مذهب إيرنج في صورته الأولى .

• مكرر - ولعل أول نقد يوجه الى نظرية اشتراك الارادتين
أنها لا تكفى بذاتها شرحا لطبيعة النيابة في كافة صورها من قانونية
واتفاقية فالنيابة القانونية خارجة أصلا عن نطاق هذه النظرية وحتى
بالنسبة للنيابة الاتفاقية نجد أن نظرية اشتراك الارادتين تقصر عن
شمول جميع تطبيقاتها إذ هي لا تتعرض الا للحالات التى يتبع فيها
اتائب الاتفاقى تعليمات الأصل بالنسبة لبعض عناصر العقد المبرم
بطريق النيابة .

أما اذا لم تكن ثمة تعليمات من الأصل الى نائبه الاتفاقى فاجماع
القوانين الوضعية على اختلاف النظم القانونية التى تنتمى اليها هو أن
العبرة بإرادة النائب وحده ، وأذن فلا جدوى من نظرية اشتراك
الارادتين في تفسير طبيعة النيابة الا بالنسبة لحالات معينة هي استثناء
من الأصل العام .

وليس أدل على ذلك من أن القانون المدنى الايطالى والقانون
المدنى السودانى الملئى - وهما التقنينان الوحيدان اللذان تأثرا
بنظرية اشتراك الارادتين - ينصان على أن العبرة في قابلية العقد

(١) اعترف لارتوتفارى منه اعتناكه هذه النظرية بهذا التصور فقال ان اشتراك
الارادتين وتماثلها أوضح في حالة النيابة الاتفاقية أما في النيابة القانونية والاتفاقية فإن
القانون يحل محل إرادة الأصل - انظر روست من ١٠٢ - ١٠٣ وديوج من ٢٤٢ .
ويصح هنا أن نقول ما سبق أن أعلنا اليه (بند ٤١ حاشية ٢) من أنه في الفرض
الذى نحسب فيه الإدارة التماثلية إرادة الأصل لا تكون هناك نيابة حقيقية أصلا وتعتبر
العقد في ذلك الخصوص صادرا من الأصل مباشرة والنائب مجرد رسول والله اعلم
استبعاد فكرة النيابة الحقيقية في كل هذه الصور :

للابطال بسبب عيب الرضا هي إرادة النائب كما ينصان على الرجوع الى شخص النائب بالنسبة للظروف الخاصة المتعلقة بالإرادة (المادتان ١٣٩٠ و ١٣٩١ مدنى ايطالى والمادة ٨٩ مدنى سودانى) وبعد تقرير هذه القاعدة التى لا تسعفنا بشأنها نظرية اشتراك الارادتين يجرى القانون المدنى الايطالى والقانون المدنى السودانى المنفى باستثناء من القاعدة يبدأ النص عليه بعبارة « ومع ذلك » ومؤدى هذا الاستثناء الرجوع الى شخص الأصل بالنسبة لميوب الرضا وللظروف الخاصة المتعلقة بالإرادة وذلك بالقدر الذى أسهمت به إرادته فى العقد المبرم بطريق النيابة •

لذلك فالقول بأن القانون الايطالى أو القانون السودانى المانح بأخذ بنظرية اشتراك الارادتين ينبغى فهمه فى حدود ما تقدم اذ ليس معنى ذلك القول أن تلك النظرية تكفى لشرح كافة تطبيقات النيابة فى هذين القانونين بل الواقع أن الأغلب الأعم من تلك التطبيقات مأخذ فيه هذان القانونان بنظرية إرادة النائب ويقتصر تأثيرهما بنظرية اشتراك الارادتين على نطاق محدود فى دائرة النيابة الاتفاقية هو نطاق التصرفات التى يجرها النائب الاتفاقى متبعا بشأن بعض عناصرها تعليمات الأصل •

٥١ - ولقد عيب على هذه النظرية - بحق - من جهة أخرى أنها فى توزيعها الإرادة التى ينعقد بها التصرف القانونى بين النائب والأصل وفى التحليل الذى تستتبعه لمعرفة نطاق تأثير كل من الارادتين وتحديد الإرادة الغالبة فى كل حالة من الحالات تدخل بنا فى تقسيمات لا حصر لها تضفى على النظرية غير قليل من التعقيد (١) ثم أنها للسبب عينه تنظر الى النيابة فى عناصرها الداخلية من وكالة عامة أو خاصة

(١) أنظر فيلوديانو ص ٤٧٩ •

أو اجارة أعمال الخ .. وتمتد اعتدادا كبير بالعلاقة المنشئة للنيابة بين النائب والأصيل بينما يتعين الاحتفاظ لهذا النظام بذاتيته حتى يكون للنيابة كيان عام موحد مهما كانت العلاقة الداخلية المنشئة لها فيما بين النائب والأصيل وتحقيق هذه الغاية يتعين صرف النظر عن العلاقة المنشئة للنيابة عند محاولة وضع نظرية عامة لها (١) هذا إلى أن نظرية اشتراك الإرادتين تجعل للأصيل في وضع ممتاز بالنسبة للنائب إذ تعفيه من نتائج سوء نية نائبه كلما كانت الوكالة خاصة محددة مقتضاها في هذه الحالة عدم الاحتجاج على الأصيل بعلم النائب لميوس المبيع الخفية أو بمصدره غير المشروع (٢) وهو حل لا يتفق واعتبارات العدالة وحسن الآداب ولا يتشبه واستقرار المعاملات أو الحماية الواجبة للنائب حسن النية (٣) .

٥٢ - هذا ويبدو لنا أن اشتراك ارادتي الأصيل والنائب في اجراء العقد أو التصرف القانوني الذي يتم بطريق النيابة لا يكون من السهل تصويره اذا ذكرنا أنه في جميع حالات النيابة لا يقع اعلان ارادة أو اجارة أعمال الخ .. وتمتد اعتدادا كبيرا بالعلاقة المنشئة للنيابة بين الأصيل وعلان ارادة النائب في وقت واحد وانما يكون اعلان ارادة

(١) انظر فيلاني ص ٢٧٨ .

(٢) للرجع السابق ص ٢٦٩ حاشية بند ٢٥٧ .

(٣) لهذا لم يتردد جانب من الفقه الايطالي - يرغم الملاق نص المادة ١٣٦٠ من القانون المدني الايطالي - في القول بأن شرط الاعتداد بإرادة الأصيل فيما حده لثانيه من عناصر التصرف هو عدم الإضرار بالنظر حسن النية . انظر جوزيبي ميرابيلي: التطبيق على القانون المدني ، الكتاب الرابع ، المجلد الثاني ، تورينو ١٩٦١ ، ص ٢٨٥ وما بعدها حيث يحول المؤلف (ص ٢٨) ٠٠ لما لا لم يكن واضحا الجزء من عضون التصرف الذي حده الأصيل مقدما والجزء الذي انفرد النائب بتحديدته وكانت ارادة هذا الأخير خالية في مجموعها من الميوس فيبدو أنه لا يجوز التمسك بما يكون قد شاب ارادة الأصيل من عيب فيما يتعلق بعناصر ينضج من بعد أنها كانت محددة مقدما بمعرفة الأصيل . هذا ولم تعرض هذه المسألة بعد في الأصل ولكن الحل الذي نقول به هو الوحيد المتفق ومسلط نظام النيابة «
Mirabelli, Commentario del
codici civile, Libro IV, Tomo secondo, Torino 1961, p. 286.

الأصيل، لما سابقا على إعلان ارادة النائب (كما في الوكالة) أو لاحقا عليه (كما في الفضالة) ولكنه لا يكون قط معاصرا له — والا انتفت فكرة النيابة وأصبح الأمر مجرد معاونة أو مساعدة من شخص لآخر في اجراء العقد — وعليه ففي اللحظة التي يتعقد فيها العقد الذي يتم مع الغير بطريق النيابة لا تكون لدينا الا ارادة النائب وحدها وهي التي يقوم عليها — بتوافقها مع ارادة الغير — كيان العقد •

٥٣ — ثم أن القول باشتراك الارادتين مؤداه اعتبار النائب مجرد رسول بالنسبة لما هو من نصيب ارادة الأصيل في التصرف (١) وعلى هذا الوجه يكون النائب نائباً في حدود ما كانت ارادته مؤثرة فيه ومجرد رسول في خارج هذه الحدود من ذات التصرف • وهو وضع لا يقتصر شذوذه على الناحية المنطقية البحتة بل يمتددا الى نواح عملية هامة منها تكييف العقد الذي يجريه النائب مع الغير من حيث اعتباره بين حاضرين أو بين غائبين فهل يعتبر تعاقد النائب مع الغير بين حاضرين في النطاق الذي كانت ارادته مؤثرة فيه وبين غائبين في النطاق الذي يعتبر فيه مجرد رسول ؟ وما المكان والزمان الذي يعتبر مثل هذا التعاقد قد تم فيهما (م ٩٧) ؟ لا شك أن الحرج الذي توقعنا فيه نظرية اشتراك الارادتين في هذا الصدد واضح •

٥٤ — وأخيرا انتقد هذا المذهب من الناحية النظرية البحتة اذ قيل ان الارادة المنشئة للتصرف القانوني هي بمقتضى هذه النظرية ارادة صناعية ملققة من اجزاء من ارادتين مختلفتين متميزتين هما ارادة النائب وارادة الأصيل ، ومثل هذه الارادة المصطنعة المركبة على هذا الوجه لا يمكن أن تكون ارادة تعاقدية لأن الارادة التي ينشئ عليها القانون

(١) السهموري : الوسيط ج ١ بند ٨٢ ص ١٩١ وحاشية ١ وله اثر الاستقلال الكبير هذا الوضع ولم يصبه الى ما يطرق عليه من غلوط اضرنا اليه في لندن ، وان يكن الرأي الآخر للثلاثة السهموري هو ما جاء بالخبره السابق من « الوسيط » للمجله الاول بند ٢٠٠ ص ٥٧٨ — ٥٨١ حيث دخل بنظرية ارادة النائب =

آثاراً قانونية إنما هو ذلك النشاط النفسي الموحد الصادر عن الشخص، بقصد أحداث أثر قانوني، معن، ولا كذلك تلك « الإرادة » الملفقة من اشتات ارادته، النائب والأصيل كما هو مقتضى نظرية اشتراك الارادتين (١)

وهو اتفاق حق (٢) إذا أضيف الى ما تقدم كان ذلك كافياً للتردد في قبول نظرية اشتراك الارادتين بدورها تفسيراً لطبيعة النياية في التصرفات القانونية .

٥٥ - هذا وأن نظرية اشتراك الارادتين لا تتفق وأحكام القانون الوضعي في مصر وفي البلاد العربية التي امتثلت قوانينها المدنية من القانون المدني المصري ، ذلك أن مقتضى هذه النظرية الاعتداد بإرادة الأصيل - فيما كانت مؤثرة فيه - عند النظر في سلامة الإرادة رفق العلم ببعض الظروف الخاصة ، فلو أخذنا مثال البيع وكان المشتري وكيلًا صدرت له من موكله تعليمات معينة خاصة بالشئ المراد شراؤه وكان الموكل يجهل عيوباً في الشئ يعلمها الوكيل فإن حكم القانون في مثل هذه الحالة صحة العقد ويمتص على الموكل رقم دعوى العيب

(١) انظر في هذا المعنى بالخصوص ص ٣٠٣ .

(٢) مما يلاحظ أن أحد الأخذين بهذه النظرية يلمس من قريب في عرضها لها موضع هذا الانقسام إذ يقرر أنه في كثير من الحالات تكون هناك تجزئة للإرادة التبادلية partage de volonté أو تقسيم للإرادة fractionnement de la volonté de contracter بين النائب والأصيل لكنه مع ذلك لا وبين كيف يمكن مثلا أن تقع تلك التجزئة في الإرادة وذلك التقسيم لها وكأنهما امر طبيعي
Faïque-Pierrota : « Le mandat, ses éléments constitutifs », Thèse, Paris, 1933, p. 38.

وانظر ما جاء عرضاً عن انقسام الإرادة في بحث Patrick Devlin عن مسئولية الأصيل والنائب في حالة التمثيل للنشور في The Law Quarterly Review مجلد ٥٣

(سنة ١٩٤٧) ص ٣١٤

« There is no possible way known to philosophy or psychology by which an intent can be avoided ; and no possible reason why the law should try to invent one. If you cannot find an intent in either the principal or the agent separately, you will not produce it by knocking their heads together ».

الخفى يمكن ما تقتضيه هذه النظرية وفي هذا الخصوص تنص المادة ١٠٤ من قانوننا المدني (١) على أنه إذا تم العقد بطرق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما وتضيف الفقرة الثانية من هذه المادة ومع ذلك إذا كان النائب وكلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتما أن يعلمها .

وهذه الفقرة لا تتضمن تطبيقا لنظرية التعاون إذ أنها قاصرة على صورة واحدة هي صورة علم الأصيل لظروف معينة يجهلها النائب والغاية من هذه الفقرة قطع السبيل على إساءة استعمال النيابة بحيث يتمتع على الأصيل مئة النية الاحتماء وراء حسن نية فائمه والتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو - ولولا الاستثناء الذى تضمنته هذه الفقرة لأمكن أن ينمقد بواسطة نائب حسن النية عقدا ما كان يقع صحيحا لو عقده الأصيل وهو تحايل لا يمكن أن يجيزه القانون (٢) .

(١) وقابلها المادة ١٠٥ من القانون المدني السوري والمادة ١٠٤ من القانون المدني الليبي والمادة ٨٩ من القانون المدني السوداني (انظر ما يل بند ٥٦ وكذلك البندين ٢٧ و ٣٣) والمادة ٧٤ من القانون المدني الجزائري والمادة ١١١ من القانون المدني الأرونى والمادة ١٦٦ من القانون المدني الألمانى والمادة ٣١ فقرة ٢ و ٣ من المشروع الفرنسى الايطال وعقرب للذكورة الايضاحية لمشروع القانون المدني (ج ٢ ص ٥٢ من النسخة الفرنسية ومجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٩١ - ٩٢) مثلا أشر هو البيع الذى يتم بين مدين مصر وبين وكيل للشعري للتواطؤ معه بينما يكون موكله حسن النية غير عالم بحالة البائع وقبول الذكرة ان هذا العقد يكون قابلا للطعن بالدعوى البرلمسية وهو خلاف ما تقتضيه نظرية اشتراك الإرادتين أو التعاون إذا فرضنا ان الشراء كان بناء على تعليمات صادرة من الأصيل .

(٢) آخر العلامة السنهورى هذا النظر فى الوسيط ج ٧ المجلد الاول حاشية ص ٥٧٩ ورأيه وهو واضح مشروع القانون المدني المصرى - فاطح لكل خلاف جردى تطبيق سكم المادة ١٠٤ وحول دلالتها على النظرية التى يستلها القانون المصرى فى طبيعة النيابة .

٥٦ - ويدل على صحة ما نذهب اليه من أن هذا النص في قانوننا المدني لا يعتبر اعتناقاً لنظرية تعاون الارادتين مقارنة ذلك النص بنص المادة ٢/٨٩ من القانون المدني السوداني الملغى ونص المادة ١٣٩١ من القانون المدني الايطالي اللذين يعتمدان تلك النظرية فالنص السوداني كان يقرر أنه « ومع ذلك اذا كان النائب وكيلًا ويتصرف وفقاً لتعليمات صدرت له من موكله كان محل الاعتبار * . هو شخص كل من الأصل والنائب وذلك بالقدر الذي أسهمت به ارادة كل منهما في ابرام العقد » كما يقرر النص الايطالي أنه :

« في الحالات التي يعتد فيها بحسن النية أو سوء النية وبالمعلم أو الجهل بطرف معينة ، يرجع الى شخص النائب فيما عدا ما يتصل بالعناصر التي حددها الأصل مقدماً * »

فهذان النصان يطلقان قاعدة الرجوع الى شخص الأصل في كل ما يتصل بعناصر التصرف التي يحددها لنائبه مقدماً أما النص المقابل من القانون المصري والقوانين العربية الأخرى المستمدة منه (انظر الحاشية ١ في البند السابق) فلا يجعل الاعتداد بارادة الأصل قاعدة عامة في كل ما يخص العناصر التي يحددها لنائبه وانما يتمحض ذلك النص للحالة الوحيدة التي يكون فيها الأصل عالماً بطرف معينة يجهلها النائب ولا يتسع للحالة العكسية التي يكون فيها الأصل جاهلاً لطرف يعلمها النائب واذن فليس في نص المادة ١٠٤ فقرة ثانية تطبيقاً لنظرية تعاون الارادتين بل أن كل ما يرمى اليه هذا النص هو الاحتياط لعدم اساءة استعمال النيابة والتوصل بها الى ابرام تصرف لم يكن ليصح لو قام به صاحب الشأن بطريق الاصاله (١) * .

(١) « غير أن هذا للبدا (وهو أن الخبرة لمعلم النائب وجهله دون الأصل) قد يؤول بإطلاقه الى حالات تنافي منطق المسؤولية برفض الجبال للأصل أن يستغل هذا البدا بسوء نية للتهرب » من مسئوليات يجب أن يفضح لها * . فقد يكون الأصل على علم ببعض الظروف التي للمعلم بها * « تأثير في نتائج التصرف فيلجأ الى إثابة شخص في هذا التصرف جامل بتلك الظروف ويرسم له » « تعليمات معينة ليصرف وفقاً لها كما لو كان =

وهذا التحديد لنطاق الثقة الثانية من المادة ١٠٤ يمتشى وما نجده مقرا بشأن أصلها التشريعي وهو الفقرة الثانية من المادة ١٦٦ من القانون المدني الألماني فشرح تلك الفقرة يرون أنه متى كان حسن النية غير متوفر في النائب لعلمه أو لوجوب علمه حتما ببعض الظروف المعينة فإن الآثار التي يرتبها القانون على حسن النية لا تتولد حتى بفرض توفر حسن النية في الأصل وبصرف النظر عن إعطائه أو عدم إعطائه تعليمات محددة لنائبه (١) ، وإذن فهذه الفقرة تقتصر على صورة علم الأصل بطرف يجهله النائب وتضييق عن امتصاص صورة جهل الأصل لطرف كان نائبه على علم به ولا يغير من ذلك أن يكون النائب وكلاء يتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله .

هذا ولا نعلم في الفقه الألماني رأيا انبنى على اساءة فهم مدى المادة ٢/١٦٦ وهو رأى اتقييه ديرنبرج Dernburg الذى استنتج من ذلك النص أن القانون المدني الألماني لم يأخذ بنظرية ارادة النائب وانما اعتمد نظرية وسطا ، غير أن هذا الرأى مرجوح في الفقه الألماني الذى لا يرى سائر شراحه في المادة ٢/١٦٦ خروجاً على نظرية ارادة النائب وانما مجرد تطبيق لمبدأ حسن النية الذى يتبني أن يسود المعاملات (٢) ويبدو أن مثل هذا الرأى المرجوح قد تطرق الى الفقه

= في مثالنا السابق أن الأصل عالم بأعمال الدين ومتواطئه معه لوكل وكلاء بقراء أموال هذا الدين بثمن بنفس والوكيل لا يعلم من الأمر شيئاً ففى مثل هذه الحال احتاط القانون لنص على أن الوكيل إذا كان يتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله فليس للوكيل أن يتمسك بجهل وكيله للظروف كان يعلمها هو أو كان من الفروض حتماً أنه يعلمها (١٠٥ م) فلم الوكيل هنا معتبر ومؤثر لو كان الوكيل حسن النية جاعلاً تلك الظروف للآثرة في التصرف .

(مصطلقى الإرفاق - « محاضرات في القانون المدني السوري » من منشورات معهد الدراسات العربية المالية - القاهرة ١٩٥٤ - بند ٧٨ ص ٧٣ - ٧٤) .

وأقترح بنفس المعنى : السيد عل الحفازي « الوجيز في نظرية الالتزام » الاسكندرية ١٩٥٥ ص ١٧٤ - ١٧٥ .

(١) « سأل » في الترجمة الرسمية للقانون المدني الألماني ج ١ ص ٢٠٩ .

(٢) بوبسكو - وامستياكو ص ٣٩٠ - ٣٩١ ولترابج الأكاديمية للاذكرة له .

المصرى نتيجة تفسير المادة ١٠٤/٢ على وجه لا يتحمله نصها ولا تيرره حكمتها ولا ينهض له سنداً أصلها التشريعي (١) .

(١) وعلى أساس ما تقدم في المتن نعتفه أنه لا يصح على الإطلاق ما جاء في كتاب الأستاذ الميه أنور سلطان « النظرية العامة للالتزام » الإسكندرية ١٩٥٥ (ج ١ ص ٥٢/٥١) من قوله : « ولذا كانت إرادة الأصل قد اشتركت مع إرادة النائب في إبرام الصفقة القانوني كما لو كان النائب يفتح تصاريح الأصل في بعض أمور المصلحة فإنه يجب الرجوع كذلك إلى إرادة الأصل لتقدير سلامتها من العيب في حدود هذه التصاريح .. كذلك يجب الاعتماد على الأصل في حدود التصاريح التي أصدرها للنائب .. وعلى هذا الحكم نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ - فالواقع أن الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ لا شأن لها بصيوبة الإرادة وإنما تقتصر على النية (انظر ألفا بند ٣١) كما أن الاعتماد بنية الأصل ليس واجباً في جميع الحالات التي يتصرف فيها النائب وفقاً لتصاريح الأصل وإنما فقط في حالة علم الأصل بطرف كان النائب يجعلها وفي القول بغير ذلك فتبطل لانتفاء حكم الفقرة الأولى من المادة ١٠٤ بغير مقيد . وبما لا يخفى من الدلالة أن المثال الوحيد الذي يبره الأستاذ في الوضع المذكور من مؤلفه المشار إليه هو مثال الأصل الذي يعلم بأحصار البائع ويصدر لائبه الذي يجعل ذلك الطرف تصاريح بقرائه حين مملوكة لذلك للدين للمسر . ولذا كان هذا الرأي في تفسير المادة ١٠٤ هو مبنى ما جاء بالمرجع المذكور (ص ٦٩) من القول بأن التقنين المدني المصري قد أخذ بنظرية اشتراك الإراديين كان في ذلك القول نظر .

ومن الرأي نفسه في مفعول الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ الأستاذ الدكتور عبد الحمى حجازي في مؤلفه « النظرية العامة للالتزام » القاهرة ١٩٥٤ ج ٢ ص ٢٣٦/٢٣٨ ويرد على رأيه نفس الاعتراض للتقدم ويلاحظ أن للتأنيب اللذين يبرههما المؤلف خصان حالتين يكون الأصل فيهما علناً بطرف يجعلها النائب ويعقب المؤلف بقوله « .. لا يجوز للأصل سوء النية أن يستفيد من جهل أو من حسن نية النائب فكما أن القانون لم ينف الأصل من تحمل آثار سوء نية النائب فيأن يحمله أكثر سوء نيته هو كان أدل ثم لا يجوز البتة أن يتخذ الأصل من النية دعماً يبرأ به عن نفسه سوء نية نفسه » . ومتى كانت هذه هي علة الحكم التي أوردته الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ فإن هذه العلة تقتضي تقدير حكم النص بغيرها ولأن فهي لا تصلح سنداً لانتفاء قول المؤلف (ص ٢٣٨) أن « مقتضى الفقرة الثانية أن يمتنع - عند النظر في الأمور السابقة - بإرادة الأصل وذلك إذا كان النائب وكلاً ويعصرف وفقاً لتصاريح معينة صدرت له من موكله » ويكفي للتدليل على صحة اعتراضنا أن تصور حالة وكيل يعصرف بناء على تصاريح الموكل ويكون هذا الأخير جاعلاً لأحصار البائع بينما يعلم الوكيل بهذا الطرف فهنا لا يمتنع البتة بشخص الموكل لأن القانون المصري « لم ينف الأصل من تحمل آثار سوء نية النائب » .

وانظر أحمد حليم أبو سليم « نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد » ج ١ القاهرة سنة ١٩٥٤ بند ١٢٧ ص ١٢٠ حيث يقر المؤلف أن الرافع الذي يؤدى إليه النص وينتج به وإلصاق مشروع القانون هو التفسير الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ على =

والخلاصة أن هذا النص في قانوننا المدني يبعد به عن أن يكون
تكريسا من المشرع لنظرية اشتراك الإرادتين أمران :

أولا - أن مجال الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ هو الظروف
الخاصة المتعلقة بالإرادة ولا شأن لها بعيوب الإرادة التي يحكمها
إطلاق المبدأ الذي أوردته الفقرة الأولى على ما أوضحنا فيما
تقدم (بند ٣١) .

والثاني أنه حتى في هذا المجال المحدود يقتصر حكم هذا النص
على صورة واحدة هي صورة علم الأصل بظروف كان يجعلها النائب
واذن فمقصود هذا النص مجرد منع الأصل من سوء النية من التستر
بحسن نية نائبه ولا دلالة له على اشتراك إرادة الأصل مع إرادة
النائب في إبرام التصرف .

= الظروف الخاصة المتعلقة بالإرادة دون عيوب الإرادة غير أن المؤلف يستحسن إطلاق

حكم هذه الفقرة على عيوب الإرادة كذلك .

وهنا نرى أن أحد أخصار نظرية اشتراك الإرادتين في الفقه المصري يبني اختياره
لا على استقرار الأحكام الرضائية للنسابة وإنما على مطلق الاستحسان مما يخرج بنا من
مجال العلم إلى مجال الفلسفة إذ أن هذا الرأي لا يتعلق بما هو كائن وإنما يتعلق بما
يتبين . في نظر الباحث - أن يكون ، بينما أن « علم القانون يقتصر بطبيعته على شرح
نظام قائم بغیر مناقشة أسسه » ، والنتيجة يلزمه منطقيا بل ضرورة أن ينظر فيما هو
كائن ويقيم جهده على فهم القواعد الرضائية وتفسيرها على الوجه الصحيح بغیر بحث
منه فيما إذا كان في الإمكان أن توجد قواعد أفضل منها « أما فلسفة القانون فتبحث
فيما يجب أن يكون عليه القانون بالمقابلة لما هو كائن فيه فعلا فهي بذلك تصارض
الواقع المعمل بالحقيقة المثالية » ديلفيكو « فلسفة القانون » باريس سنة ١٩٥٣ ص ١٦ .

وقد ذهب لذهب عينه الأستاذ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة (محاضرات في القانون
المدني - نظرية العقد في قوانين البلاد العربية من منشورات معهد الدراسات العربية
المالية - القاهرة ١٩٥٨ - ص ١٤٢) فهو مع تسليمه بأن نص المادة ٢/١٠٤ قاصر على
حالة علم الأصل بظروف يجعلها النائب يرى سحب حكم ذلك النص على عيوب الإرادة
متأثرا في ذلك بنظرية اشتراك الإرادتين ومستيقنا الاعتقاد بأن القانون المدني المصري قد
صدر عن تلك النظرية . وهو اعتقاد لا نرى في التصريح ما يبرره خاصة إذا ذكرنا أن
الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ لم تكن في المشروع الأصلي إنما أضيفت في لجنة المراجعة
لحكمة معينة ينطق بها النص وهي منع الأصل من سوء النية من الإحتماء بحسن نية نائبه .

٥٧ - وما يُؤيد القول بأن إرادة الأصل لا تتغلغل الى التصرف الذي يرمه النائب حتى في الحالات التي يتصرف فيها النائب وفقا لتعليمات محددة ما جرى عليه القضاء بشأن تعليمات الأصل التي توجه بها النائب وجهة معينة من حيث بعض عناصر التصرف المناب فيه أو من حيث الغرض من الانابة فقد قضى مثلا بأن « الاتفاقات الناصلة بين الموكل والوكيل بشأن تأجير عقار ما والمقيدة لسلطة الأخير لا يحتج بها على المستأجر الذي تعامل مع الوكيل بمسء » « اطلاقه على عقد الوكالة الذي يمنح الوكيل سلطة عامة من حيث اختيار المستأجر وقيمة الايجار ومدة التأجير » (١) وكذلك قضى بأنه « متى تصرف الوكيل مع الغير في حدود الوكالة الصادرة اليه فقد تصرفه في حق الموكل وان كان التوكيل قد صدر من أجل عملية معينة متفق عليها بين الموكل والوكيل » (٢) واذا فالتضاء لا يرتب في أمثال هذه الصور أى أثر على التعليمات التي يصدرها الأصل لنائبه ويعتبر تصرف النائب صحيحا وإنفاذا في حق الأصل طالما كان داخلا في حدود الانابة بصرف النظر عن مخالفته لتعليمات الأصل . ولما كانت حالة صدور تعليمات من الأصل الى نائبه بشأن التصرف موضوع النيابة هي الحالة المثلى لنظرية اشتراك الارادتين فإن الأحكام القضائية التي أهدرت تلك التعليمات تضيف الى حجج خصوم نظرية اشتراك الارادتين حجة جديدة اذ لو صح أن التصرف موضوع النيابة يتمد باشتراك إرادة الأصل مع إرادة النائب لوجب حتما الاعتداد بكل تعليمات الأصل وتوجيهاته لنائبه ولترتب على ذلك القول بأن مثل ذلك التصرف لا ينعقد لعدم توافق الايجاب والقبول بينما أن العاصل أن القضاء يعتبر التصرف مفعدا وإنفاذا في حق

(١) مستأنف مختلط ١٨/٤/١٣٦١ - لائحة ٢٠/٥٧٣/١٣٦٥ .

(٢) محكمة استئنافية الإيجائية ٢١/٤/١٩٥٧ - لائحة ٢٨/٥١٤/١٩٢٥ .

الأصيل ولا يمكن اسناد ذلك التصرف في مثل تلك الصور الا الى ارادة النائب وحده (يتلاقى مع ارادة الغير المتعاقد معه) دون ارادة الاصيل ويمتنع بذلك القول باشتراك الارادتين .

٥٨ - ومع كل ما تقدم لنا استعراضه من الانتقادات الصائبة لنظرية اشتراك الارادتين فانها اجتذبت اليها أنصارا من الفقهاء من بينهم ايطاليان حاولا - كل على افراد - صياغتها في قالب جديد تماشيا لما فالها من النقد في صورتها الأولى ، ومن حق استفاء البحث أن نعرض في ايجاز رأى هذين الفقيهين اللذين يتفقان في أن تعاوان الارادتين حسب تصويرهما له ليس مجاله تكوين الارادة التعاقدية انتهى يقوم عليها العقد أو التصرف الذى يتم بطريق النيابة وانما يتحقق هذا التعاوان والاشتراك بصورة أخرى تختلف عند أحدهما عنها عند الآخر :

فأولهما جازيانى (١) يقرر أن الارادة التى يقوم عليها كل عقد أو تصرف قانونى لها وجهتان : الأولى تهدف الى تحديد مضمون التصرف وتحقيق آثاره والوجهة الثانية ترمى الى نسبة هذه الآثار الى شخص معين أى الى تعيين الشخص الذى تعود عليه آثار التصرف، فالمشتري مثلا ارادته فى عقد البيع لها وجهتان الأولى تهدف الى تحديد المبيع والثمن وسائر شروط العقد وإلى نقل الملكية واستحقاق الثمن وسائر آثار العقد والوجهة الثانية تهدف الى نسبة هذه الآثار والأحكام الى شخصه فيكون هو المستفيد من العقد وتحقق فى ذمته آثاره . ففى حالات النيابة يرى هذا الفقيه أنه مع التسليم بأن

Graziani : Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Univ. di (١)
Perugia, vol. XXXVII, 1925 (Série V, vol. 1), pp. 40 et seq.

وأشار اليه مائتانيا فى مقالته من طبيعة النيابة ص ٢٧٧ .

Malvarosa, Simone : « Sulla natura giuridica della rappresentanza », Rivista di diritto civile, 1936, pp. 257-305.

الارادة التعاقدية التي يقوم عليها العقد الحاصل بطريق النيابة هي ارادة النائب فان هذه الارادة تقتصر على الوجهة الاولى أى على تحديد مضمون العقد وتحقيق آثاره ، أما الوجهة الأخرى للارادة وهي الرامية الى تعيين الشخص الذى ترجع اليه أحكام العقد وآثاره فلا يمكن أن تكون الا ارادة الأصل ، وعلى هذا الوجه يتحقق تآزر الارادتين من غير أن يكون لارادة الأصل دخل مباشر فى تحديد مضمون العقد وآثاره وهي الوجهة التي تستقل بها ارادة النائب .

أما المعاملة الثانية لصياغة نظرية تعاون الارادتين فى ثوب جديد فقد قام بها بوليatty (١) الذى يقرر أن الارادة التي يقوم عليها العقد هي ارادة النائب ولكن النائب يعلن ارادته هذه مجردة عن المضمون المادى أى يعلن ارادة فى ذاتها يترتب عليها باعتبارها المظهر الخارجى للعمل الارادى الآثار التي يقررها القانون . أما المضمون المادى لهذا العمل الارادى فتحده ارادة الأصل واذن فتكون ارادة النائب باعتبارها عملا اراديا مجردا هي المنشئة للعقد بينما موضوع هذا العمل الارادى ومضمونه تحده ارادة الأصل .

وقد بنى فكرة جرازبانى فقيه فرنسى هو جان كلاريز فى رسالة للدكتوراه من جامعة ليل سنة ١٩٤٩ (٢) اذ يذهب الى أن ارادة النائب تقوم بتحديد مضمون الالتزام contenu de l'obligation بينما تقوم ارادة الأصل بإيجاد الرابطة القانونية lien de droit بين ذلك الالتزام وبين ذمة الأصل .

Pugliatti : Annali dell'Istituto Giuridico dell'Univ. di Messina, vol. (١)
I, 1927, p. 124.

وانظر مالتيا لثال الذى سبقت الاشارة اليه ص ٢٧٧ - ٢٧٨ .

Clarise, Jean : « De la représentation, son rôle dans la création des obligations », Lille, 1949, pp. 176-177 et 222.

هذا ولم يشر صاحب هذه الرسالة الى مؤلف جرازبانى ولمه وصل الى ذات الفكرة نتيجة بحث مستقل .

٥٩ - والحق أن هذين الرأيين على طرافتهما يشوبهما عيب مشترك مبعثه أن تشريع الإرادة التعاقدية على هذا الوجه ، وتقسيمها قسمين يعزى أحدهما للنائب والآخر للأصيل هو أمر بعيد عن الواقع ولا يستقيم مع حقيقة الإرادة التي هي في ذاتها حالة نفسية معينة لا تحتل التجزئ والاقسام الا على وجه مصطنع كالذي جاء به هذان الفقهاء وكنتيجة لذلك وصلت على يديهما نظرية تعاون الارادتين - التي صدرت في أول أمرها عن رغبة في النظر الى موضوع النيابة نظرة عملية واقعية - الى درجة من التجريد أبعدتها عن حقائق الأشياء . ثم أن قول الأول (جازيانى) أن النائب يريد مضمون العقد الذى يتم بطريق النيابة والأصيل يريد نسبة هذا العقد اليه لا يسنده المنطق لأن الذى تنصرف ارادته الى مضمون العقد لابد أن تنصرف أيضا الى توجيه آثاره فى وجهة معينة اما الى نفسه واما الى غيره ، اذ لا يتصور أن يريد الشخص أمرا معيناً ومع ذلك لا يريد لا لنفسه ولا للغير فما العمل الارادى الا توجيه قوى النفس الى تحقيق أمر خارجي عنها اما للشخص واما لغيره . فاذا كان مفهوما أنه فى حالة النيابة تنجّه ارادة النائب الى صرف آثار العقد الى غيره أى الأصيل فانه لا يتصور أن يريد النائب تحقيق آثار العقد فى ذاتها دون أن ينسبها الى نفسه أو الى غيره فان معنى ذلك أنه يريد أمرا لا لأحد وهو غير معقول .

وكذلك فان رأى بوليائى لا يثبت على التمييز فان مؤداه أن العمل الارادى يمر بلورين ففي الدور الأول تقرر الإرادة المجردة وفى الثانى يتحدد موضوع الإرادة أو مضمونها المادى ، ولكن كيف نستطيع أن نتصور أن الشخص « يريد » فقط ارادة مجردة

لا موضوع لها (١) ثم أنه يريد شيئا معنا فيحدد موضوع ارادته المجردة الأولى ؟ هذا ما يريد أن يقول به بولياتى ليصل الى تعاون ارادتى الأصل والنائب فينسب الى الأصل الدور الثاني الخاص بتحديد موضوع الارادة وينسب الى النائب الدور الأول اى الارادة المجردة - هذا مع ملاحظة أنه فى النيابة الاتفاقية يكون دور تحديد المضمون المادى الذى ينسب الى الأصل سابقا دائما لاعلان ارادة النائب التى يريد بها هذا التقييد مجردة عن المضمون المادى فكيف اذن يستقيم فى الذهن أن نسلم بتحديد المضمون المادى لارادة لم تصدر عن صاحبها بعد ؟ لا رب أن هذا التحليل المصطنع للعمل الارادى يوقننا فى المتناقضات ويعد بنا عن جادة الصواب . ثم أن مؤدى رأى بولياتى أن الأصل ينفرد بتحديد مضمون العقد الذى يتم بطريق النيابة اذ يقتصر دور النائب على مجرد ابرام العقد بعمله الارادى المجرد (كمن ينفخ الروح فى تمثال سواه غيره !) فما هى اذن قيمة هذا التعاون والاشتراك ولماذا لا نمود اذن الى مذهب سافنى ؟

٦٠ - هذا وان المشروع التمهيدي الأول للقانون الموحد فى شأن النيابة الذى وضعه « المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص » فى سنة ١٩٥٥ كان قد تبني نظرية اشتراك الارادتين وهو ما ينطق به نص المادة ١٢ من ذلك المشروع .

ومع ذلك فإن التقرير المرافق للمشروع والذى وضعه الأستاذ ادوار موريتز ميمرز من جامعة ليدن - وهو بمثابة مذكرة تفسيرية للمشروع - يتضمن الاقرار بأن « الاجماع منعقد فى جميع البلاد على

(١) ونلاحظ هنا أن علماء النفس فى تحليلهم للعمل الارادى يصلون بمسود موضوع الارادة اولى مراحل العمل الارادى - انظر مثلا بند ١٦ - ولقد قيل بحق انه « لا يمكن لشخص أن يريد دون أن يريد شيئا مميذا »
« On ne peut pas vouloir, sans vouloir quelque chose », Michoud, t. I, p. 104.

أنه في تحذير عيوب الرضا ينبغي - أساسا - الاعتداد بشخصه
النائب ، وأن النائب كذلك هو المرجع في الحالات التي يكون فيها -
العلم أو الجهل بوقائع معينة مؤثرا في صحة العقد أو آثاره » .

ثم يستطرد التقرير الى أن ثمة حالات يتعين فيها القول بأ
ارادة الأصل وكذا علمه أو جهله بوقائع معينة هما المؤثران في العقد
ويسوق التقرير هذا الصدد مثالين :

(أ) حالة الوكيل الذي يتصرف وفقا لتعليمات معينة صادرة الى
من موكله . ويقول التقرير أن هذه الحالة مأخوذة عن المادة ١٦٦ م
القانون الألماني والمادة ١٣٩٠ من القانون الإيطالي .

(ب) حالة علم الأصل أو جهله بوقائع معينة مؤثرة في التعاقد

ومن أجل استيعاب هذه الأحوال اعتمد واضعو المشروع نص
المادة ١٢ منه على وجه « يسمح بالاعتداد اما بشخص النائب واه
بشخص الأصل واما بشخصيهما معا تبعاً للتأثير الذي كان لكل
منهما أو لكليهما في إبرام التصرف ، واذن فهذه القاعدة تجمع
في الامكان مراعاة الظروف الخاصة بكل حالة على حدة » .

ولا يفوتنا باديء ذي بدء أن نشير الى ما في اسناد المثال الكو.
الذي أوردته التقرير الى القانون الألماني (م ١٦٦) والقانون الإيطالي
(م ١٣٩٠) من بعد عن الدقة . فان المادة ٢/١٦٦ من القانون الألماني
تقتصر - كما سلف لنا البيان - على حالة واحدة هي حالة علم الأصل
بواقعة مؤثرة في التعاقد كان يجهلها النائب ، ولا ينبسط هذا النص
على جميع الحالات التي يعمل فيها الوكيل طبقا لتعليمات موكله
ونطاقه من هذه الوجهة مطابق لنطاق الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ م
القانون المدني المصري . أما القانون الإيطالي فهو وحده الذي يمتد

بشخص الأصل كلما اختص الأمر بمناصر كان قد حددها لنائبه مقدما
(المادتان ١٣٩٠ و ١٣٩١) •

وعلى ذلك فالجمع بين القانون الألماني والقانون الإيطالي كسند
للقول بوجوب الاعتداد بشخص الأصل كلما كان النائب يتصرف وفقا
لتعليماته المحددة هو من قبيل التعميم الخطيء اذ أن بين حكم القانون
الألماني (ومثله القانون المدني المصري والقوانين العربية الأخرى
المستمدة منه فيما عدا القانون الألماني السوداني الملغى) وبين حكم
القانون الإيطالي في هذه المسألة بونا بعيدا •

وبصرف النظر عن هذا الانتقاد - على وجاهته - فإن الحالات
التي يسوقها التقرير لتبرير الأخذ بنظرية اشتراك الارادتين يبدو على
ضوئها أن ذلك النص يجاوز قصد واضعيه فالحالات المذكورة تتكفل
بمعظمها نصوص التشريعات التي لم تعتمد تلك النظرية لأن مرجع
تلك الحالات هو الى مبدأ حسن النية اذ القصد هو منع الموكل سىء
النية من الاحتماء بحسن نية وكيله على ما سلف شرحه وهذا القصد
من الميسور بلوغه بغير الاستناد الى نظرية اشتراك الارادتين وهو ما فعله
المشرع الألماني والمشرعون : المصري والسورى والليبي والجزائري
والأردني وتبقى بعد ذلك دائرة ضيقة تشمل حالات تصرف الوكيل
بناء على تسليمات من الموكل دون أن يصحب ذلك علم الموكل بطرف
كان يصله الوكيل فهنا يكون مقتضى نص المادة ١٢ من المشروع
الموحد - كحكم القانون الإيطالي والقانون السوداني الملغى - وجوب
الاعتداد بشخص الأصل دون شخص النائب كلما تعلق الأمر بما حدده
لوكيله مقدما من عناصر التصرف •

فاذا ما ذكرنا أن القانون الإيطالي كاد ينفرد بهذا الحكم وتذكرنا
كذلك وجوه النقد الهامة التي تتعرض لها نظرية اشتراك الارادتين

والتي أسلفنا الإشارة إليها ، اتفينا الى أنه كان يستحسن ألا يأخذ المشروع التمهيدى الموحد بتلك النظرية على ذلك الاطلاق الذى يتم عنه نص المادة ١٢ والذى يبدو أنه يجاوز القصد الذى يسفر عنه التقرير التفسيري خاصة وأن نظرية اشتراك الارادتين لا تتفق وأحكام قوانين معظم الدول التى يراد لها أن تتبنى هذا المشروع بل يكاد القانون الايطالى - كما قلنا - أن يفرد باعتماد تلك النظرية ، ولعل لوجود غالبية من الفقهاء الايطاليين بين أعضاء اللجنة التى وضعت ذلك المشروع التمهيدى دخلا فى هذا الاتجاه الذى يتجلى فى المادة ١٢ منه •

ومهما يكن من أمر فإن هذا النص الذى كان يأخذ بنظرية اشتراك الارادتين قد حذف من المشروع المعدل الذى وضعته لجنة من مندوبى حكومات الدول الأعضاء فى المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص والذى صدر عن المعهد فى أكتوبر سنة ١٩٧١ (انظر نص المشروع فى ملحق الكتاب) •

المبحث الثالث

فى النظرية المبينة على القانون الوضعى

٦١ - ظهرت هذه النظرية كأثر من آثار رد الفعل الذى لاقاه مبدأ سلطان الارادة فى الفقه الحديث ، ذلك أن النظريات السابقة القائمة على الارادة تنبث جميعها عن فكرة واحدة مبناها أن الارادة منتجة لآثار قانونية واذن فطيعى أن نبث عن تفسير رجوع آثار عقد من العقود ، أو تصرف من التصرفات القانونية الى الأصل دون النائب - نبث عن تفسير ذلك فى الارادة سواء ارادة الأصل أو ارادة النائب أو كليهما على ما رأينا ، وهذه الفكرة الأساسية التى تقوم عليها النظريات المتقدمة هى صدى لمبدأ سلطان الارادة الذى

يفهم كافة الأوضاع القانونية على أساس ارادة الأفراد ويجعل تلك الارادة مصدر جميع الآثار في الميدان القانوني (١) .

ولقد لقي هذا المبدأ الذي ازدهر في ظل المذهب الفردي حملات عنيفة منذ مطلع القرن العشرين ، فكان طبيعيا أن يكون للنظريات المناهضة بمبدأ سلطان الارادة في تفسير طبيعة النيابة نصيبها من هذه الحملات التي قد تعنف حتى تصل الى حد انكار النيابة أصلا والدعوة إلى نبذها من نطاق النظم القانونية ، وقد اعتدل شيئا فتفسر النيابة بالاستناد الى القانون الوضعي غير معترفة للارادة الا بدور ثانوي عرضي .

قاد هذه الحملة في شكلها المتطرف العلامة دوجي الذي قرر أنه بعد دراسة طويلة لفكرة النيابة رأى أنها غير مفيدة أصلا ، وأن من الواجب استبعادها كليا (٢) ذلك لأنه يرى - خلافا لمبدأ سلطان الارادة - أن من الخطأ القول بأن ارادة الشخص التي يعبر عنها في التصرف القانوني هي السبب المنشئ للآثار القانوني المترتب على ذلك التصرف وقد كذب من جراء ترتيب حدوث الآثار القانوني على الارادة على هذا الوجه - الخاطئ في نظر دوجي - أن اضطر الفقهاء إلى اللجوء الى فكرة النيابة لتفسير أحكام القانون في كل الحالات التي لا يعبر فيها الطرف في التصرف القانوني عن ارادته فقالوا إن القائم بالتصرف القانوني إنما هو نائب عن صاحب الشأن وبذلك تعود على هذا الأخير آثار التصرف القانوني التي كان من غير المفهوم

(١) أنظر في مبدأ سلطان الارادة وما تعرض له من مد وجزر المنهوي : نظرية المقد بند ٨٦ الى ١٣٦ وأيضا حلمي بهجت بدوي : أصول الالتزامات بند ٤٠ الى ٤٢ .
(٢) دوجي : « سلطة القانون المنهوي » الطبعة الثانية (باريس سنة ١٩٢٦) ص ٣٤٠ .

« Après de longs efforts, je suis enfin arrivé à comprendre qu'elle (la notion de la représentation) est complètement inutile et qu'il faut l'éliminer entièrement ».

— لكونها في هذا المذهب وليدة الإرادة — رجوعها الى شخصي نم
تصدر منه الإرادة ، لولا فكرة النيابة . والحقيقة عند دوجي ان الأمر
القانوني المترتب على تصرف من التصرفات القانونية ليس وليد الإرادة
الفردية ، وانما منشؤه ترتيب القانون الوضعي لنتائج معينة على هذا
التصرف ، واذن فلا حاجة الى اللجوء لفكرة النيابة لتفسير رجوع آثار
التصرف القانوني الى الأصيل بل يكفي في تفسير ذلك القول بأن
القانون الوضعي يرتب على ذلك التصرف القانوني تلك الآثار التي
تقع في ذمة الأصيل (١) . ويضرب دوجي لذلك مثال الوصاية فيقول
ان الوصي وقد منحه القانون الوضعي الاختصاص بالنظر في مصالح
القاصر ورعايتها يقوم بتصرفات قانونية تقع آثارها في ذمة القاصر
وذلك لأن القانون الوضعي نفسه يرتب على عمل الوصي المتصل
بمصالح القاصر تلك الآثار ويوقعها مباشرة في ذمة هذا الأخير .

وعلى هذا الوجه ينتهي دوجي الى إلغاء النيابة ونبذها من دائرة
النظم القانونية وبذلك يخفى ظلام النيابة بتطبيقاتها المتعددة من
الوجود كأنما كان ذلك بسحر سحر يسميه دوجي القانون الوضعي !

٦٢ — لاجرم أن الهجوم العنيف الذي تعرض له مبدأ سلطان
الإرادة كان له ما يبرره من اغراق أنصار ذلك المبدأ في تطبيقه
ومبالغتهم في الانتصار له فلم يكفهم أن جعلوا للإرادة السلطان
الأعلى في تكوين العقود وفي ترتيب آثارها بل زعموا أن لها ذلك
السلطان في جميع الالتزامات ولو كانت غير عقدية فالالتزامان
الناتجة عن شبه العقد وعن الفعل الضار هي عندهم وليدة الإرادة
الحرّة وإن كانت ارادة غير مشروعة في الفعل الضار ومشروعة في شبه
العقد ولم يقتصر الأمر على الالتزامات بأنواعها بل تمدها الى سائر

(١) دوجي : المرجع السابق للوضع القانوني .

النظم القانونية فالملكية مثلاً هي عندهم قائمة على الإرادة بل هي فكره الإرادة الحرة وقد تجسمت في عالم الحقيقة والعلاقات المسائلية هي كذلك وليدة الإرادة لأنها نتيجة الزواج والزواج عندهم عقد ارادي بحت والميراث أيضاً يستند الى الإرادة لأنه ليس الا وصية مقترضة والوصية عمل ارادي . وليتهم وقفوا عند حدود القانون المدني أو القانون الخاص بل قد تعدوها الى ميدان القانون العام فاعتبروا الإرادة أساس القانون الجنائي اذ هي الأصل الذي تستند اليه العقوبة التي ليست الا نتيجة لرضاء الجاني مقدماً بتوقيع جزاء جريمته عليه ، واعتبروها الأساس الذي تقوم عليه الدولة طبقاً لنظرية العقد الاجتماعي المعروفة وهذا كله اغراق لاشك فيه .

كان هذا الاغراق سبباً في رد فعل عنيف تعرض له مبدأ سلطان الإرادة ولكن خصوم المبدأ وقعوا فيما وقع أنصاره من المبالغة (١) اذا نادوا بنبذ مرة واحدة واقصائه من كافة نواحي القانون حتى من دائرته الطبيعية دائرة التصرفات الارادية والعقود بصفة خاصة . ولا مشاحة أن الحقيقة تتوسط بين افراط أنصار المذهب وتفریط خصومه فللإرادة ولاشك سلطانها ولها دورها في المجال القانوني ولكن في نطاق معين محصور لا يمدو القانون الخاص (٢) ولا يتجاوز في هذا النطاق الحقوق الشخصية عامة والعقود بوجه خاص فهي في ميدان الحقوق المبنية وميدان نظام الأسرة والأحوال الشخصية ضئيلة

(١) يقول الأستاذ دواست في تقرير له منشور بالمجموعة الرابعة من أعمال جمعية هنري كابتان للثقافة القانونية الفرنسية (باريس سنة ١٩٤٩) ص ١٢٠ « ان في نظرية دوجي من المبالغة أكثر مما كان في النظرية التي هاجمها »

« Il y a sans doute encore plus d'exagération dans sa théorie qu'il y en avait dans celle qu'il (Duguit) a combattue ». Rouast dans un rapport paru dans les « Travaux de l'Association », Henri Capitant pour la culture juridique française, t. IV, (Paris 1949) p. 220.

(٢) ولعل هنا لا مجال من القول أن يكون للمبدأ لواء العمل على الإرادة - حتى في مجال القانون الخاص - غير ذلك، القانون العام في العصر الحديث الملازمة دوجي .

الأثر اذ يستأثر الشارع بتنظيم هذين الميدانين • ولكن بعد هذا التحديد كله لا يسع الباحث المنصف الا أن يقرر للإرادة الفردية بالسلطان في ميدان الأعمال الإرادية وخاصة العقود فهو ميدانها الطبيعي انذى تستأثر به ولا يمكن أن تنفك عنه وكيف وهو هو ميدان الإرادة التي تتجه الى أحداث آثار قانونية (١) •

ومتى استقر للإرادة سلطانها على هذا الوجه في مجال العقود وسائر التصرفات القانونية — وهو ما يقره الآن جمهور علماء القانون (٢) ينتقض مذهب دوجي في النيابة في التصرفات القانونية من أساسه ، فضلا عن أن هذا المذهب في ذاته لا يسلم من العيب ، فمع التسليم بأن رجوع آثار التصرف الذي يجريه النائب الى الأصل هو حكم من أحكام القانون الوضعي فيبقى أن تحول آثار التصرف من ذمة القائم به الى ذمة غيره هكذا حكم شاذ يتعين تفسيره واذا فترض لنا من جديد هذه الصعوبة التي أراد دوجي أن يحلها عن طريق محوها وطمسها • ثم أن دوجي اذ يضرب في احتجاجه لمذهبه على وتر النيابة القانونية يحسن ولا شك اختيار المثال الذي يبنى عليه حججه فقد يقارب القبول في الذهن لأول وهلة أن يقال ان أعمال الوصي وعقوده المتعلقة بمصالح القاصر تقع آثارها في ذمة هذا الأخير بحكم القانون الوضعي الذي أقام الوصي أمينا على تلك المصالح ولكن ما القول في النيابة الاتفاقية التي لا تقوم الا بإرادة الأصل ومهما ألفت نتائجها على عاتق القانون الوضعي فلا بد مع ذلك الاعتداد بالإرادة وتقدير مالها من دور كبير

(١) ولا ينال من هذا ما قد تنقيد به الإرادة في هذا المجال من اليد عملية مرجعها الى قواعد الشكل أو الإتيان أو الإثبات • كما أنه لا حاجة الى القول بأن الإرادة التي تمنحها هي الإرادة الظاهرة للملحة لا الإرادة الملحة الداخلية التي ليست الا ظاهرة لنفسه لا يمكن أن يترقب عليها أثر في الميدان القانوني •

(٢) انظر السنهوري : للرجع السابق بند ١١٢ وحلمى بوجهة بدوى : للرجع السابق

عند تبرير آثار النياية ، فالحق أنه في النياية الانشائية لا يعدو دور القانون الوضعي اقرار آثار ارادة الأطراف (١) .

٦٣ - كان من الذين تأثروا تأثيرا كبيرا بأفكار دوجي عن التصرف القانوني مادراى في رسالته عن النياية (٢) فالمؤلف المذكور بعد أن ناقش طويلا طبيعة التصرف القانوني ونصيب الارادة فيه (٣) انتهى الى تقرير ان دور الارادة في التصرف القانوني لا يتناول احداث آثار ذلك التصرف وانما هو يقتصر على اعمال قواعد القانون الوضعي فالقانون وحده هو الذى يعين آثار التصرفات القانونية والارادة في ذاتها عاجزة عن خلق تلك الآثار وما الارادة في التصرف القانوني الا شرط لانطباق القواعد القانونية التى تعين وتحدد مقدما آثار ذلك التصرف واذن فالارادة لا تخلق تلك الآثار - لأنها محددة سلفا بالقانون الوضعي - وانما هى تعمل القاعدة القانونية وتجعلها تنطبق على واقعة الحال محدثة الآثار التى عينتها وحددتها تلك القاعدة واذن فأثار التصرف القانوني لا توجد - بتعبير هذا المؤلف - بالارادة (٤) وانما هى توجد عند الارادة (٥) .

(١) روست من ١٠٦ وانظر فى نقد نظرية دوجي أيضا - مادراى من ١٠٢ - ١٠٥

(٢) مادراى : « فى النياية فى القانون الخاص » رسالة من بورديو سنة ١٩٣١ .

Madray, G. : « De la représentation en droit privé », Thèse, Bordeaux, 1931.

وان كان المؤلف ينتقد مذهب دوجي المؤدى الى أفكار النياية . انظر الحاشية السابقة .

(٣) المرجع المذكور من ١٣٤ ما بعدها .

(٤) ex voluntate

(٥) cum voluntate انظر مادراى من ١٤٥ حيث يقرر ان حدين التعبيرين مأخوذان

عن جوجو Gouget : فى رسالته عن « مبدأ سلطان الارادة فى القانون الخاص »

ديجون سنة ١٩١٢ . وتبرير حدين التعبيرين منقول عن الغزالى فى « تهاافت الفلاسفة » -

المسألة السابعة عشرة المضمنة بحث السببية ويذهب فى شأنها الغزالى الى أن ما يقطن

أنه سببية حتمية ليس الا اقترانا طرديا بين ظاهرتين وينتهى من بعض بحثه الى القول

بأنه « قد تبين أن الوجود عند الفقه لا يدل على أنه موجود به » من ٢٢٧ طبعة دار المعارف

بصر .

ويطبق ماداري هذه الفكرة عن التصرف القانوني على النيابة فيقول ان تفسير رجوع آثار التصرف القانوني الى الأصل هو أن توافق ارادتي النائب والغير المتعامل معه قد أعمل القاعدة القانونية الوضعية التي تحكم هذه الحالة وتقضي بأن آثار ذلك التصرف تقع في ذمة الأصل . ويرى المؤلف أن تفسيره هذا ينطبق على كل حالات النيابة من اتفاقية وقانونية وقضائية ففي كل من هذه الحالات تنطلق قاعدة وضعية مقتضاها إيقاع آثار التصرف القانوني للأصل وعليه متى اجتمعت الشروط اللازمة لانطباق هذه القاعدة • ويمدد المؤلف الأمثال على مذهبه فيتساءل لماذا يلزم الوصي القاصر ويكون جوابه لأن القانون يعطيه هذه الصفة ويقضي بأن تصرفاته تحدث آثارها في ذمة القاصر ، ثم يتساءل لماذا تتحمل ذمة الصبي بآثار تصرفات والده الولي الشرعي عليه ويكون جوابه لأن المشرع قرر ذلك في القواعد الوضعية الخاصة بالولاية (١) وعلى هذه الوثيرة يمضي في تطبيق مذهبه على كافة صور النيابة منتها من ذلك الى أن فكرته هي الكلمة الأخيرة في شرح طبيعة النيابة بأنواعها المختلفة •

ولا حاجة بنا الى الاطالة في بيان تأثير صاحب هذه النظرية بأراء دوجي في التصرف القانوني تأثيرا كبيرا ، وقد يكون من الطرف في هذا المقام أن نقرر أن هذه الآراء عن دور الارادة في التصرف القانوني ليست بدعا جديدا في الفقه ولا هي مما لم يسبق اليه العلامة دوجي ومن نحووا حواه ، فان لجمهور علماء الشريعة في ذلك مذهبا مماثلا مؤداه أن آثار العقود من عمل الشارع وأن ارادة العاقد تنشيء العقد فقط ولكن أحكامه واثاره تكون من الشارع وأن موضع الاختيار والرضا في إيقاع

(١) ماداري المرجع السابق ص ١٤٨ - ١٤٩ •

الأسباب بإنشاء العقود وأما أحكامها وآثارها فبترتيب الشارع لا بإرادة
العاقد (١) •

٦٤ - ولما كانت نظرية مادراى مبنية على أساس فكرة دوجي
عن دور الإرادة في التصرف القانوني فينصرف إليها اذن النقد الذي
سلف بالنسبة لنظرية دوجي ، هذا الى أن تفسير آثار النية باللبوء
الى القانون الوضعي يبدو لنا تفسيراً ظاهرياً بحتاً يعوزه التوفيق فليس
يكفى في تفسير تلك الآثار وفي شرح طبيعة النية مجرد القول بأن
القانون الوضعي يقرر ذلك فان هذا القول لا تطمئن اليه البصيرة النفاذة
ولا تقتنع به الروح العلمية التي همها الكشف عن الأسباب المباشرة
للتواهر التي هي محل الدرس (٢) ، فما من أحد ينكر ما للقانون
الوضعي من دور في التصرف القانوني كما في كافة المجالات القانونية
فالقانون الوضعي هو الذي يقر آثار الإرادة ويسبغ عليها صفة الالتزام،
وليس في الاقرار للإرادة بالسلطان في ميدانها الذي تقدم تحديده تهي
لما للقانون الوضعي من دور هام ولا ادعاء بأن الإرادة في ذاتها وبمفردها
خلاقة للآثار القانونية ، ولكن ليس معنى هذا التسليم لما دارى ومن
سلك سبيله بما ذهبوا اليه ، فلا نزاع في أن القانون الوضعي هو في
آخر الأمر المصدر البعيد لكافة الآثار القانونية في كافة الميادين لا في
ميدان التصرف القانوني وحده - ولكن دون هذا المصدر البعيد

(١) انظر تفصيل ذلك في محمد أبو زهرة : « الملكية ونظرية العقد في الشريعة
الاسلامية » مصر سنة ١٩٣٩ بند ١٢٥ - ١٣٦ والمراجع المذكورة فيه • وانظر وحيد الدين
سوار : التمييز من الإرادة في الفقه الاسلامي - القاهرة ١٩٦٠ بند ٩٨ وما بعده وانظر
أيضا بند ٦١٣ حيث يحتاز المؤلف الى نظرية القانون الوضعي في تصبغ طبيعة النية
لكنها مختلفة مع هذا النظر ولكنه لا يأتي بجديد يعصم بل يحيل الى آراء دوجي ومادراى •
وكذلك قال بهذا الرأي في تفسير طبيعة النية في الفقه الاسلامي محمد رضا المائلي في
رسائله « الركائز في الفريفة والقانون » بغداد ١٩٧٥ بند ٣٣ •

(٢) انظر مادراى نفسه بهذا القصور في نظريته وذلك في خاتمة رسالته ص ٢٥٥ -

مصادر مباشرة يعنى بالكشف عنها علم القانون ولا شك أن في الالتجاء لتفسير كل ما يمرض للباحث من الأوضاع القانونية الى القانون الوضعى تبسيطا لعلم القانون يجاوز الواقع ولا ترضاه روح العلم (١) .

كما قد أخذ على مادراى أن مذهبه — حتى مع التسليم به من حيث المبدأ — لا يفسر لنا لماذا يترتب على ارادة النائب بمفردها أو باشتراكها مع ارادة الغير المتعاقد مع النائب اعمال تلك القاعدة الوضعية التى ترجع آثار التصرف الى الأصيل ؟ أليس الأقرب الى حقيقة الواقع أن دور القانون لا يتعدى اقرار مضمون الارادة والتصديق عليه وأن الآثار المترتبة على تصرف قانونى يتم بطريق النيابة تترتب فى واقع الأمر على الارادة وأن كان الشارع باقراره لها يسبغ عليها صفة الالتزام ؟ ولتأخذ مثال الوكالة : هل التزام الموكل بمقتضى تصرف الوكيل مصدره القانون الوضعى أم مصدره فى الحقيقة ارادة الموكل الذى ارتضى أن يلتزم بإرادة الوكيل ثم جاء المشرع وأقر هذا الوضع حين قنن قواعد الوكالة ؟ هذا وأن فكرة مادراى نظرا لاقتربها من مذهب دوجى قد تكون أقرب الى القبول — لأول وهلة — بالنسبة للنياية القانونية (٢)

(١) قارن مسألتيه : « الاطوار الاقتصادية » ص ٣٥ نهاية بند ٣٥٩ : « لك اراد البطل نفسه النيابة بالاستناد الى القانون الوضعى ولكن ذلك لا يعنى شيئا فان كل وقائع الحياة القانونية بكرسها القانون الوضعى والتذكر بأن القانون الوضعى يدرس احدى تلك الوقائع ليس الا مجرد تقرير لحقيقة أولية » .

(٢) انظر روايت فى تقريره المشور بالجمعية الرابعة من « أعمال جمعية هنرى كاييتان للثقافة القانونية الفرنسية » باريس سنة ١٩٤٩ ص ١٢٠ حيث ينتقد النظرية الوضعية فى تطبيقها على النيابة الاخلاقية بقوله :

« Pour nous ne tenir à la question du mécanisme de la représentation, je dirai seulement que Duguit, et aussi M. Madray, déforment la représentation conventionnelle qui se manifeste sous la forme d'un mandat, en rapportant tout ce mécanisme au droit objectif, c'est-à-dire à la loi. Pourquoi en effet la loi transporte-t-elle les effets de l'acte accompli par le mandataire sur la tête du mandant, sinon parce que le mandataire et mandant ont ainsi voulu ? Si l'on y réfléchit, on voit que cette substitution du mandant au mandataire dans l'obligation a sa source dans la volonté de l'un et de l'autre, et que la loi ne fait pas autre chose que de permettre à cette volonté

ولكن حتى في هذا النوع من النياية يميّز هذه الفكرة اهمالها لما لارادة
النائب من دور جوهري لا يقتصر على مجرد اعمال قاعدة من قواعد
القانون (١) •

هذا ولا يقتصر أنصار نظرية القانون الوضعي على من ذكرنا فان
في عدادهم من الفقهاء الحديثين الايطالي مالقانيا الذي ينتهي من دراسته
الطويلة لطبيعة النياية الى نتيجة لا تفرقه عليها اذ يقرر أن التفسير الأخير
والشرح الوحيد لجميع حالات النياية هو في ما للقانون الوضعي من
السلطان الأعلى (٢) •

de s'accomplir. Ce n'est pas le législateur qui a créé cette situation, ce =
sont les parties au contrat de mandat. La théorie du droit objectif, appli-
quée à cette forme de représentation, apparaît comme étant profondément
artificielle».

Rouast dans les « Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juri-
dique française », t. iv, p. 120.

(١) روست ص ١٠٧ - ١٠٨ •

(٢) « ... giuridicamente la ragione e la spiegazione è una : la volontà sov-
rana della legge ». Malvagna, Simoré : « Sulla natura giuridica della rap-
presentanza », Rivista di diritto civile, vol. XXVIII, 1936, pp. 302-305.

ولعل مما لا يغفل من الدلالة أن هذه النظرية ظهرت والنظام الاشتراكي في إيطاليا في
أبان سطوته !

الفصل الثاني

نتيجة البحث في طبيعة النياية

٦٥ - لا شك في أن العرض المتقدم لمختلف النظريات في طبيعة النياية قد قرب الى الذهن مدى دقة هذه المسألة وما يكتنفها من العوامل المختلفة ويدخل فيها من العناصر المتعددة التي يتعين الاعتداد بها ووضعها في ميزان التقدير قبل الانتهاء الى رأى أخير في هذا الصدد ، ولكن لا يجب أن يذهب بنا ذلك - كما ذهب بالبعض (١) - الى اليأس من الوصول الى حل لهذه المشكلة والاهتداء الى نظرية مقبولة تبين ماهية النياية بيانا ينطبق على كافة أحوالها ، فان الغموض الذي يحيط بهذا الموضوع لا يخلو من دلائل توجه الى طريق الحقيقة من يبحث عنها ويوطن النفس على احتمال مشقة البحث في سبيل الوصول اليها .

ولمست جميع النظريات التي تتعرض ليبيان طبيعة النياية ينبغي اعتبارها والاهتداء بهديها لمعرفة تلك الطبيعة فان منها ما يتعين اطراحه لمسبب أو لآخر من الأسباب التي املنا الكلام عليها في معرض مناقشتنا لتلك النظريات - واعنى بما تقدم نظرية الافتراض ونظرية ارادة الوصول ونظرية القانون الوضعي اذ كانت هذه النظريات عاجزة عن بيان

(١) روات ص ١٠٨ وانظر ديجوج بند ١٥٠ ص ٢٤٣ .

حقيقة النيابة وغير متفقة مع الوقائع التي تنبئ لشرحها وتفسيرها كما تقدم لنا بيان ذلك في موضعه ولا محل للرجوع اليه الآن .

ومن بين النظريتين الباقيتين — نظرية ارادة النائب ونظرية تعاون الارادتين — نرى أن تحليل ظاهرة النيابة والنظر في عناصر الارادة التي يتخذ بها التصرف القانوني الذي يتم بطريق النيابة — وهو ما تناولناه بالتفصيل في غير هذا الموضع — يؤدي بنا الى القول بأن ذلك التصرف انما يتم بإرادة النائب وهو ما انتهى اليه ايرنج ثم من بعده بيلون ومن تبعوه .

فقد رأينا أن عنصر الأهلية اللازمة للتعاقد يشترط أن يتوفر في النائب أصله وهو ما يتحقق بكونه مميزا ، أما كمال الأهلية اللازمة للالتزام بأحكام التصرف فلا يشترط في النائب وإن كان لابد من توفره في الأصل .

أما عنصر سلامة الارادة من العيوب فقد رأينا أنه مطلوب في النائب دون الأصل .

وكذلك عنصر الظروف المرتبطة بالارادة والمؤثرة في التصرف فينظر فيه الى النائب دون الأصل .

وهذه العناصر الثلاثة هي التي تقوم عليها الارادة التعاقدية .

٦٦ — على أن ذلك لا يعنى انكارنا على ارادة الأصل كل دور في ظاهرة النيابة ، فإن الأصل اذ ينبى عنه النائب واذ يصدر اليه تعليماته تلعب ارادته ولا شك دورا غير صغير في ظاهرة النيابة ولكن هذا الدور ينحصر في العلاقة بين الأصل والنائب أى في العلاقة الداخلية للنيابة ولا يتعدى هذه العلاقة الى التصرف القانوني الذي يتم بطريق النيابة . فإن هذا التصرف انما يقوم به النائب والارادة المنشئة له هي

ارادة النائب حتى في حالات النيابة المحددة التي يصدر فيها الأصل لنائبه تعليمات معينة بخصوص التصرف القانوني موضوع النيابة ، فالارادة - ذلك النشاط النفسي الذي يظهر في صورة علنية وترتب عليه قانونا آثار معينة - هي للنائب الذي يقوم بالتصرف القانوني دون غيره فالنائب هو الذي « يريد » العقد ولا يهم مطلقا أن تكون ارادة النائب وفقا لأوامر وتوجيهات الأصل فحتى حين يتعاقد النائب في حدود ومع مراعاة تلك الأوامر والتوجيهات تكون الارادة التعاقدية هي ارادته لا ارادة الأصل لأنه اذ يتعاقد على ذلك الوجه يجعل من تلك الارادة ارادته هو الخاصة ، ويقوم حتما بذلك النشاط الارادي الذي يميزه عن الرسول فهو - ان صح التعبير - يريد طبقا لارادة الأصل أى تصدر عنه ارادة خاصة به وان تكن مطابقة لارادة الأصل (١) حقا ان النائب ملزم - بحكم العلاقة الداخلية التي تربطه بالأصل من وكالة أو غيرها - بأن يتبع تعليمات الأصل ويقوم بالعمل موضوع النيابة ونقا لتوجيهاته ، وحقا ان انعدام التوافق بين ارادة الأصل وارادة النائب قد يؤدي الى سقوط الالابة وبالتالي التصرف القانوني الذي أجراه النائب ولكن ارادة الأصل مع ذلك لا تتغلغل ولو عن طريق غير مباشر الى تكوين التصرف القانوني الذي يجريه النائب ولا يمكن أن تحدد مضمون ذلك التصرف اللهم الا اذا مرت بخاطر النائب وهو يجريه وبعبارة أخرى الا اذا انصرفت ارادة النائب اليها قصدت عنه ارادة

(١) وبالمقابلة نجد أن الرسول لا يقوم بأي نشاط ارادي الا هو يعبر عن ارادة غيره بدون أن يجعل منها ارادته هو ويمير عنها باعتبارها كذلك أى باعتبارها ارادة الغير . انظر كاربوني « بحث في فكرة الرسول » الكتاب النظائري للاستاذ كيروني ١٩١٥ سنة ٤٨ *

Carboni, Michele : « Sul concetto di nuntius », nei « Scritti giuridici dedicati ed offerti a Giampaetro Chironi », vol. I (1915) p. 46.

خاصة به مطابقة لارادة الأصل — على ما تقدم — ويقدر ذلك فقط (١)
الارادة التعاقدية في العقد أو التصرف القانوني الذي يتم بطريق
النيابة هي اذن ارادة النائب ، وهي نتيجة تؤديها الأحكام الوضعية
للنيابة ويؤدي اليها تحليل هذه الظاهرة القانونية الى عناصرها على
ما تقدم لنا تفصيله في غير هذا الباب .

٦٧ — ولكن تقرير هذه الحقيقة لا يكفي — كما سبق أن قلنا
أكثر من مرة — شرحا للنيابة وبينا لطبيعتها وهذا هو المأخذ الذي
يرد على مذهب إيرنج والذي حاول غير واحد من الفقهاء معالجته بوجه
أو بآخر فتصدوا لتكملة هذا المذهب اما بالاستناد الى الفكرة المادية
للالترزام (ييلون) واما بالاتجاه الى فكرة الوصف (لينى — أولمان)
واما بتشبيه النائب بعضو الشخص المعنوي (سافاتيه) وقد سبق لنا
عرض هذه الأفكار وقدما نقدا تكفي في هذا الموضع بالاحالة اليه
ونكرر على أساسه ما قررناه ثمة من أن هذه النظريات لا تصلح في آخر
الأمر تفسيرا للنيابة أو شرحا كافيا لطبيعتها .

(١) ونستطيع أن نقول من غير أن نعيد عن مسيل الصواب ان ارادة الأصل
لتمثلة في الأوامر والتعليمات التي يصدرها لئاليه بخصوص العقد أو التصرف القانوني
محل النيابة (والتي تريد نظرية اشتراك الإرادتين أن تجعل لها دورا في ذلك التصرف)
هي أمر يخص العلاقة الداخلية بين النائب والأصل إلى العقد الذي يربطهما من وكالة
أو غيرها ولكن ليس له شأن مباشر بالتصرف القانوني الذي يجريه النائب . أنظر في
الفكرة المتقدمة في المتن بأكويو ص ٣٠٣ وفيغايتي ص ٤٣٣ وفون توجر ص ٢٩٤ ويذهب
لؤلؤ الأثير الى حد القول بنفاذ العقد الذي يجريه النائب بالمخالفة لتعليمات الأصل
وبأنه يلزم هذا الأخير مادام في حدود السلطة الممنوحة للوكيل وإن كان له أن يرجع على
نائبه بطلب التوقيض تصرفه بالمخالفة لتعليمات السلطة له وقد جرح محكمة النقض
المصرية على هذا المبدأ في حكم لها صادر في ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ (الحامات
٨٨٧/٣٤٦/٣٥) قضت فيه المحكمة بنفاذ عقد صلح أبرمه الوكيل في حدود وكالته
وقالت عن الفين الذي كان يحجج به الموكل للقول بخروج الوكيل عن حدود الوكالة .
وبالنسبة لعدم نفاذ تصرفه ، فإن « محل بحث هذا الفين وتحديد مدى آثاره يكون في حدود
ملاقة الوكيل بموكله لا في ملاقة الموكل بين تعاقد مع الوكيل في حدود الوكالة » .
أنظر في تعليمات الأصل من حيث تأثيرها على مدى النيابة : ما يلى بند ١١٥ وما يفسر .

ونحن اذا بحثنا عن طبيعة النيابة في التصرفات القانونية فانما نبحث عنها على ضوء الدور الذي للتصرفات القانونية في النظام الاجتماعى وفى نصيب الارادة من هذا الدور : ذلك أن التصرفات القانونية كلها فى الأصل ظواهر اجتماعية نشأت عفواً أو يقصد من أطرافها تلبية لضرورات الحياة الاجتماعية فالحياة فى المجتمع البشرى تقوم على تبادل الأموال والمنافع بين أفراد الناس وعلى التعاون فيما بينهم لبلوغ أهدافهم الفردية والاجتماعية فالأفراد فى سعى كل منهم لتحقيق مصلحته الخاصة وفى عمله على القيام بدوره فى المجتمع ، يحتاجون مثلا الى أن يرتبط الفرد من أحد الجنسين بفرد من الجنس الآخر (الزواج) كما يحتاجون الى تملك الأموال وتبادلها (البيع ، المقايضة) والى الانتفاع بما ليس فى ملكهم منها (الإيجار والعارية) والى التعاقد فيما بينهم لبلوغ الأهداف التى لا يستقل الواحد منهم ببلوغها (الشركة والوكالة) الى غير ذلك من الأغراض والغايات الاجتماعية والاقتصادية . ولا ريب أن الأفراد قد اصطنعوا - حتى قبل أى تنظيم قانونى للمجتمع - الوسائل المؤدية الى تحقيق غاياتهم هذه فنشأت بينهم مختلف المعاملات التى جاء القانون الوضعى من بعد وأسبغ عليها حمايته ورفعها الى مصاف التصرفات القانونية . فالتصرفات القانونية اذن هى وليدة الحياة الاجتماعية بالضرورة ، وهى فى جوهرها أدوات يتوصل بها الأفراد الى تحقيق الأهداف العملية - الاقتصادية أو الاجتماعية - التى يسعون اليها ، أدوات يرتب بها الأفراد مصالحهم الخاصة تلك المصالح التى يحسبها القانون الوضعى اذ يصبغ على التصرفات القانونية صفة الالتزام .

فكل تصرف قانونى اذن يستهدف غاية معينة وبالتالي فان لكل قاعدة قانونية تخلق من الظاهرة الاجتماعية البسيطة علاقة قانونية ملزمة تحاية يستهدفها المشرع . واستهداف الغايات لا يمكن أن ينفك عن

التصرفات القانونية ولا عن القواعد القانونية التي تحكمها ، فالسلوك
البشرى - الذى تسن لتنظيمه قواعد القانون - يتميز حتما بأمرين
هما : استهداف غاية ، واصطناع وسيلة وهذان الأمران اللذان يميزان
السلوك البشرى بطبيعته (أى من حيث هو سلوك بشرى) مشاهدان
فى كل ما يصدر عن الانسان على وجه العموم وفى التصرفات القانونية
على وجه الخصوص •

والغاية التي يستهدفها التصرف القانوني هي الوظيفة التي يقوم
بها ذلك التصرف في النظام الاجتماعي ، ولأجل تيسير أداء تلك الوظيفة
الاجتماعية للتصرف القانوني توضع قواعد القانون • وتيسير أداء تلك
الوظيفة الاجتماعية يجب أن يكون نصب الأعين عند تفسير وتطبيق
قواعد القانون الوضعي وكذلك عند محاولة اقامة البناء النظري للظواهر
التي ينظمها علم القانون •

ومتى وضعنا نصب أعيننا هذه الوظيفة التي للتصرف القانوني في
النظام الاجتماعي أمكننا أن نفهم حقيقة الدور الذي تلعبه الارادة في
التصرفات القانونية • فلئن كان التصرف القانوني اعلانا عن ارادة متجهة
الى لحدوث آثار قانونية فان النظر الى الوظيفة التي يؤديها التصرف
القانوني في المجتمع باعتبار الأغراض الاجتماعية والاقتصادية التي
تهدف الى تحقيقها التصرفات القانونية ، يفضى حتما الى القول بأن
الارادة في التصرف القانوني غير مقصودة لذاتها وانما هي وسيلة لبلوغ
الغرض الاجتماعي أو الاقتصادي المقصود من ذلك التصرف •

متى فرقنا في التصرف القانوني على هذا الوجه بين النتيجة
الاجتماعية أو الاقتصادية التي يرمى اليها وبين الارادة التي هي قوام
ذلك التصرف ، أو بعبارة أخرى متى أمكننا أن نميز بوضوح الغاية
المقصودة من التصرف القانوني والوسيلة الى بلوغ هذه الغاية تبين أنه

ليس من المحال عقلا ولا من المستمع قانونا أن تنفصل الغاية عن وسيلةها فتكون الوسيلة لشخص والغاية لآخر ، ذلك أن وقوع آثار التصرف القانوني للشخص الذي صدرت عنه الإرادة المنشئة له دون غيره واعتبار وقوع تلك الآثار لغير ذلك الشخص شذوذا وخروجا على منطق الأشياء انما هو نتيجة لعدم تفهم دور الإرادة الحقيقي في التصرف القانوني ونتيجة اعتبار تلك الإرادة - التي هي قوام التصرف القانوني - مع آثار ذلك التصرف وحدة لا تنقسم ولا تنقسم ، أو هو ثمرة العجز عن التفرقة في التصرف القانوني بين غايته وبين الوسيلة اليها ، وهي نظرة الى التصرف القانوني سطحية غير نقادة .

وعلى ضوء هذه التفرقة بين آثار التصرف القانوني - وهي الغاية الاقتصادية أو الاجتماعية المقصودة منه - وبين الإرادة المنشئة للتصرف - وهي الوسيلة لبلوغ تلك الغاية - يمكننا أن نتفهم عمل النيابة فنرى أنه في كل حالة من الحالات التي تعرض فيها النيابة بأنواعها المختلفة نكون أمام غاية مقصودة لشخص معين يتوصل اليها بإرادة شخص آخر غير الذي تتحقق في ذمته الغاية من التصرف القانوني فتكون الغاية للأصيل والوسيلة اليها للنائب . وليس في حكم العقل مانع من اتخاذ إرادة شخص ما وسيلة لبلوغ غاية اقتصادية أو اجتماعية تتحقق لشخص غيره (١) .

(١) فكرة الغائية من الأفكار الفلسفية القديمة بأن تطبق في مجال الدراسات القانونية نتائج طبية ، ومع ذلك فانها لم تلق حتى الآن الالتفات الكافي وبخاصة من الفقهاء العرب وقد استعينا بهذه الفكرة في تحديد منهل للتكييف في تنازع القوانين (انظر جبال مرسى بدر : « التكييف القانوني في تنازع القوانين في المكان » في كتاب المؤتمر الخامس للباحثين العرب - بيروت ١٩٥٩ و « الدلالة » - السنة الأربعون - ص ١٧٨ وما بعدها) كذلك استندنا الى فكرة الغائية في تأسيس قواعد الدفاع الشرعي بوصفه من موانع المسؤولية الدولية وذلك في بحث أعدناه في نطاق عملنا بإدارة التقنين في الأمانة العامة للأمم المتحدة وسوف ينشر ذلك البحث قريبا كوثيقة رسمية من وثائق الهيئة . كما أن للغائية دورا هاما في بناء نظرية التحول (انظر أحمد يسرى : « تحول التصرف القانوني » رسالة من هيدلبرج ١٩٥٥ الترجمة العربية ، القاهرة ١٩٥٨ وبخاصة ص ٦٠)

٦٨ - وهذه الفكرة تشرح كافة أنواع النيابة من اختيارية وضرورية، ففي النيابة الاختيارية (الاتفاقية) نجد أن الأشخاص المتمتعين بكامل الأهلية يختارون بلوغ غاياتهم الاجتماعية والاقتصادية الوسيلة التي يرون أنها أوفى بالغرض فاما أن يتوصل الشخص بإرادته هو فيقوم بنفسه بالتصرف القانوني الذي يولد الآثار المقصودة واما أن يتوصل بلوغ غايته بإرادة شخص آخر يقوم بالتصرف القانوني فأبنا عن الأصل الذي تتحقق في شخصه الغاية المقصودة المتولدة عن التصرف القانوني .

وفي النيابة الضرورية (القانونية) نكون أمام أشخاص يشملهم القانون بحماية خاصة نظرا لصغر سنهم أو قصور عقولهم أو لظروف أخرى قائمة بهم تجعلهم عاجزين كلياً أو جزئياً عن القيام بأنفسهم على شؤونهم وعن بلوغ غاياتهم الاجتماعية والاقتصادية اذ تكون وسيلتهم إلى ذلك - وهي الإرادة - مفقودة أو منقوصة ، فهذا كله يتولى القانون تعيين الأشخاص الذين يتولون ذلك عنهم بأن يجعلوا إراداتهم وسائل لتحقيق غايات تقع في ذمهم ناقصي الأهلية الذين يتوبون عنهم بصفتهم أولياء أو أوصياء أو قادة الخ ...

٦٩ - وإذا عرضنا فكرتنا هذه على محك الأحكام الوضعية النيابة لم يرد لها ذلك الاتباتا ووضوحا - ولن نستطرد هنا إلى سرد

= ١٦٠ - ١٦٥ و ٢٥٢ وختم من ٢٦٤) وكذلك نجد أن لهذه الفكرة شأنا كبيرا في تكييف العقود (انظر أحمد زكي الشيشي : « تكييف العقود » (بالفرنسية) ، وسأله من القاهرة ١٩٤٤ ، ص ٦٦ وما بعدها) كما يستلزم فكرة الغالبية في التمييز بين منصري الالتزام: المديونية والمسئولية (انظر اسماعيل غانم : « أحكام الالتزام » القاهرة ١٩٥٦ ص ١٨ بند ١٠) وفي صدد تأصيل الكثير من أحكام التأمينات يلجأ الفقه الحديث إلى فكرة الغالبية (انظر شمس الدين الوكيل : « نظرية التأمينات في القانون المدني الجديد » ج ١ الإسكندرية ١٩٥٦ ، بند ١١ وما بعده) - وكل الجملة فإن إعادة النظر في كثير من النظم القانونية من زاوية الغاية والوسيلة يلقى على تلك النظم ضوئا جديدا (انظر في ذلك روجيه بيرو : « تأثير الصنمة في النظم القانونية على الغاية منها » (بالفرنسية) رسالة من باريس ١٩٥٣) .

هذه الأحكام كلها وانما لمثل لصحة نظرتنا يامثلة من أحكام النيابة المختلفة .

فالقاعدة التي تقرها المادة ١٠٤ من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى : « اذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما » ، هذه القاعدة التي مقتضاها الرجوع في عيوب الرضا وما إليها إلى إرادة النائب دون إرادة الأصل (١) تفسرها الفكرة المتقدمة فظالما أن الناية من التصرف القانوني - أي تبيته الاجتماعية أو الاقتصادية - هي للأصل، والوسيلة إليها - أي الإرادة - هي للنائب كان من الطبيعي لمعرفة مدى سلامة الوسيلة وصحتها وتقدير كفايتها وبحث ما اذا كانت مؤدية إلى غايتها أم لا الرجوع إلى شخص النائب وفحص إرادته والتفتيش فيها عما قد يلحق بها من عيوب ، دون أن يكون لإرادة الأصل دخل في ذلك لأنها في التصرف القانوني الذي يتم بطريق النيابة ليست الوسيلة إلى الناية منه فلا محل إذن للاعتداد بها .

وعلى العكس ففي كل ما يتصل بالناية من العقد أو التصرف القانوني وتقدير مدى شرعيتها وبحث ما اذا كانت مباحة قانونا للشخص المقصودة له يرجع إلى الأصل دون النائب ، ومن هنا القاعدة التي تقرر أنه ليس للشخص أن يوكل غيره في تصرف لا يملكه بنفسه ، ذلك إذ

(١) ونلاحظ هنا أن هذه القاعدة التي تضمنتها م ١٠٤ عامة على النيابة بنوعها من ضرورية (قانونية) واختيارية (اتفاقية) وفي هذه الصومية اعتراف لإرادة النائب بنفسه الدور في إجراء التصرف محل النيابة حتى في النيابة الاختيارية (الاتفاقية) التي يميل البعض فيها إلى إشراك إرادة الأصل ابتداء لطواهر الأشياء وخلطاً مهمين العقد الذي تستند إليه النيابة (بين الأصل والنائب) وبين التصرف أو العقد الحاصل بطريق النيابة . راجع اتفاقاً بند ٢٨ وما بعده .

القانون وقد حرم شخصا معينا من تحقيق غاية معينة لا يفهم أن يبيع له التوسل لتحقيقها بآداة شخص غيره ، لأن الغاية محرمة عليه في ذاته مما كانت الوسيلة (١) . وكذلك في أحوال سوء نية الأصيل كما لو كان عالما بأعسار البائع مثلا في حالة الدعوى البوليصية (م ٢٣٨) ففي هذه الأحوال يقع التصرف باطلا أو قابلا للإبطال ولو كانت نية النائب حسنة وذلك لأن القانون في مثل هذه الظروف لا يبيع للشخص تحقيق الغاية من التصرف القانوني فلا تهم اذن الوسيلة التي يتوسل بها الى تلك الغاية سواء كانت ارادته هو أو ارادة نائب عنه ، واذن فيرجع في ذلك كله الى شخص الأصيل ، وهذا هو الحكم الذي يستفاد من المادة ١٠٤ فقرة ٢ من القانون المدني .

وأیضا فقاعدة الاكتفاء في النائب الاتفاقي بالتميز وعدم اشتراط تمتعه بالأهلية الكاملة - وهي القاعدة التي نصت عليها المادة ١٩٩٠ من القانون المدني الفرنسي والمأخوذ بها في سائر القوانين (٢) ، تشرحا وتفسرها الفكرة التي تقدم لنا عرضها . ذلك أن أولئك الأشخاص من ناقصي الأهلية الذين يعجز القساون تميينهم وكلاء ، كالتقاصر المميز والمجور مثلا هم متمتعون فعلا بأصل الأهلية ولهم ارادة صحيحة مميزة ولكن بسبب صغر سنهم أو لقصور آخر فيهم منعه الشارع من استعمال تلك الارادة ، والتوسل بها الى غايات اجتماعية أو اقتصادية تقع في ذمهم أنفسهم لاحتمال أن يعود عليهم ذلك بالضرر لعدم اكتمال خبرتهم أو لسوء تقديرهم ، ولكن هذا لا يمنع من امكان توسلهم بأرادتهم هذه - وهي في ذاتها صحيحة مميزة - الى غايات تقع في ذم

(١) وهذه القاعدة مقررة بنص تفريسي صريح في القانون المدني الايطال الصادر سنة ١٩٤٢ إذ نصت الفقرة الثانية من المادة ١٣٨٩ منه على أنه يشترط في جميع الأحوال لصحة العقد الذي يقوم به النائب ألا يكون العقد المذكور محرما على الأصيل .

(٢) راجع أيضا بند ١٩ وما بعده .

أشخاص آخرين مادام هؤلاء قد ارتضوهم نوابا عنهم (١) ومن هنا كان التوكيل الذى يعطى لقاصر مميز أو لمجور — خلافا للقاصر غير المميز أو المجنون — صحيحا وينتج آثاره كاملة ، بمعنى أن العقد الذى يجره الوكيل المذكور باسم موكله ولحسابه تقع نتائجه فى ذمة الأخير وعلة هذا أن الوسيلة فى الحالة الأولى — وهى إرادة القاصر المميز أو المجور — صحيحة فى ذاتها ومؤدية الى غايتها وإن كان صاحبها ممنوعا لطرف معين من استعمالها لحسابه ، بينما فى حالة القاصر غير المميز أو المجنون نجد أن إرادته منعقدة أو فى حكم المنعقدة مما يجعلها وسيلة غير مؤدية الى أحداث آثار قانونية لا فى ذمة صاحبها ولا فى ذمة الغير .

(١) لعل فى علم الفكرة دفعا للاعتراض الذى ورد على لسان أحد أعضاء لجنة تنقيح القانون المدنى الفرنسى (هو الأستاذ Charpentier) أثناء مناقشات اللجنة إذ قال أنه لا يسوغ فى فهمه أن يكون للشخص للنوع من إجراء التصرف لنفسه أن يجرى ذلك التصرف لغيره — « أعمال لجنة تنقيح القانون المدنى » ١٩٤٧ - ١٩٤٨ ص ٢٢٤ - وأنظر نقض مدنى فرنسى ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ ودالوز الأسبوعى ٤٩/١٩٤٣ و٢٢/١٩٢٥

« Un mandat peut être donné à un incapable dont les actes accomplis pour le compte du mandant échappent aux causes de nullité qui vicieraient les mêmes actes accomplis par l'incapable pour son propre compte ».

وقد طبقت المحكمة هذا المبدأ على حالة المرأة للتزوجة الوكيله عن زوجها فقضت بأنه ليس لها أن تحتج بالمادة ٢١٧ من القانون المدنى الفرنسى (التى تقيد أهلية المرأة للتزوجة - ويلاحظ أن ذلك كان قبل صدور قانون ١٨ فبراير سنة ١٩٢٨ الذى عدل مواد المجرعة الخاصة بأهلية المرأة للتزوجة فجعلها كاملة فى حدود النظام المالى للزوج) بالنسبة للعقد التى تقدمها كوكيلة وإن كان لها أن تحتج بها فى العقود التى تقدمها لنفسها خاصة .

وأيضاً استئناف مصر ٧ مايو سنة ١٩٣٥ - محاماة ٢٢٢/٢٢/١٦ : « انه وإن كان من اللازم أن يكون الوكيل راشداً إلا أنه لا يشترط الرشد فى الوكيل إذ من له ثقة فى كفاية قاصر ماهر يمكن أن يختاره وكيلاً عنه تحت مسئولية وليس لمن يتعامل مع هذا الوكيل أن يهتم بالتحرى عما إذا كان بالغا من الرشد أو غير بالغ لأن معاملته من الوجهة القانونية هى مع الوكيل لاسم الوكيل الذى لا يخرج عن كونه لسان الوكيل (١ : ك) فإن أساء الوكيل التصرف فيجب على الوكيل أن يتحمل تبعات الاساءة لمخاطرته فى الاختيار » - ونفس المبدأ : استئناف مصر ٨ يونيو سنة ١٩١٥ للمجموعة الرسمية ١٤٨/٦٠/١٦

وكذلك القاعدة التي تقضى بأن اثبات النيابة يقع عبثه على عاتق من يستند إليها أو يدعى وجودها ، هي مما تستتبعه الفكرة المتقدمة في طبيعة النيابة إذ أن الأصل أن تجتمع الغاية من التصرف القانوني والوسيلة إليها في شخص واحد بمعنى أن يكون القائم بالتصرف هو الذي ترجع إليه آثاره ، فإذا كنا في النيابة أمام غاية لشخص يتوصل إليها بارادة شخص آخر فطبيعى أن يتعين على من يدعي اثباتها طبقا للقاعدة العامة في الاثبات وهي أن عبثه يقع على من يدعى خلاف الثابت أصلا .

وأخيرا فإن من شروط النيابة أن تكون لدى النائب نية تمثيل الأصل « فلكي ترتب آثار النيابة أى لكي تقع آثار العقد الذى يعقده النائب للأصيل مباشرة يجب أن يكون لدى النائب نية تمثيل الأصل وأن يعلم المتعاقد معه بذلك » (١) وهذا الشرط تبين علته على ضوء فكرتنا في طبيعة النيابة ، إذ أنه متى انتفت هذه النية افعدمت فكرة التوصل بارادة النائب لاحداث آثار قانونية تقع للأصيل وعليه واذا فلا تكون هناك نيابة طالما لم يكن النائب وقت اجراء العقد أو التصرف القانوني يقصد استعمال ارادته كوسيلة لبلوغ غاية تخص الأصل وهذا واضح في التصرفات القانونية التى تتم بارادة النائب المنفردة أما في العقود فاشتراط علم المتعاقد الآخر بنية النائب في التعاقد باسم ولحساب الأصل مفهوم طالما كانت آثار العقد مترتبة على توافق الارادتين لا على ارادة النائب وحده . هذا وإن القانون لا يشترط علم المتعاقد الآخر بنية النائب في التعاقد لأجل الأصل في الحالات التى يستوى فيها عند المتعاقد أن يتعامل مع الأصل أو النائب (مادة ١٠٦) (٢) .

ومن التطبيقات الطريفة لهذا الشرط من شروط النيابة ما هو

(١) حلمى بهجت بدوى بند ٥١ .

(٢) أنظر فى شرط العلم بالنيابة تفصيلا ما يلى البنود ١٣٧ - ١٤٢ .

مقرر فقها وقضاء في باب الفضالة (وتعني هنا بالذات حالات الفضالة التي تتضمن القيام بتصرفات قانونية) من أنه من عناصر الفضالة المميزة نية القيام بالتصرف لحساب وفي مصلحة رب العمل (١) بمعنى أنه إذا كانت إرادة الفضولي لم تنصرف وقت قيامه بالتصرف إلى تحقيق مصلحة رب العمل ، فلا تكون هناك فضالة وبالتالي لا تكون هناك نيابة ، وذلك لاتقاء فكرة اتوسل بإرادة الفضولي لاجداث آثار قانونية في ذمة رب العمل . وهذا ما قرره محكمة النقض الفرنسية في قضية تخلص وقائمها في أن احدي دور النشر الموسيقية تولت نشر ألحان معينة والدعاية لها اعتقادا بأنها قد اكتسبت حق استغلالها ، ولكن بعد وفاة الملحن طالب ورثته دار النشر بحقوقهم في تلك الألحان التي لم تكن الدار في الواقع قد اكتسبت حق استغلالها كما اعتقدت خطأ وقد واجهت الدار المدعى عليها دعوى الورثة بطلب من جانبها يرمى إلى القضاء لها بتعويض مناسب لما قامت به من حسن ادارة مصالح الورثة وذلك على أساس الفضالة فأقرت محكمة النقض الفرنسية (٢) رفض هذا الطلب على أساس أن دار النشر لم تقم بذلك العمل بنية رعاية مصالح الغير بل بالعكس قامت به وهي تعتقد أنها المالكة الوحيدة لحق نشر تلك الألحان ومستهدفة في ذلك مصلحتها الذاتية ، وبعبارة أخرى يمكننا أن نقول انه لم يكن الناصر في هذه الحالة يتوسل بإرادته لاجداث آثار قانونية في ذمة الغير واذن فلم تكن هناك فضالة ولا نيابة . وكذلك قضت المحاكم الفرنسية في دعوى رفعها مستأجر على مالك العقار المؤجر مطالبا اياه

(١) أنظر بلانسيول وبولاجيه ج ٢ بند ١٢١٣ دواست ص ٢٢٥ - ٢٢٦ .

والسنهوري : الوسيط ج ١ بند ٨٧٠ .

(٢) نقض فرنسي ٢٥ يوليو سنة ١٩١٩ - سيري ١٨/١/١٩٢١ ونفس المبدأ في

نقض فرنسي ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٤٢ سيري ١٩٤٢/ملخصات/٤٢ :

e. Le bénéfice de la gestion d'affaires peut être accordé à quiconque a volontairement agi au nom et pour le compte d'autrui. Cass. (civ.), 28 Octobre 1942, Sirey 1942 (Sommaires) 42.

على أساس الفضالة يرد مبالغ دفعها المستأجر سداداً لضرائب مستحقة على مالك العقار ، قضت برفض هذه الدعوى المبنية على الفضالة نظراً لأن دفع هذه المبالغ كان نتيجة غلط وقع فيه أحد تابعي المستأجر ، وقررت المحكمة أن الفضالة تفترض في الفضولي نية العمل لمصلحة الغير (١) ، أو بعبارة أخرى قصد التوصل بإرادته لأحداث آثار قانونية في ذمة رب العمل ، ففي الصور المتقدمة نرى أن القائم بالتصرف القانوني لم تكن لديه وقت القيام به نية خدمة مصلحة الغير وبالتالي فلا يتصور أن يكون قد قصد استعمال إرادته وسيلة لبلوغ غايات اقتصادية تخص الغير ، وعليه فلا تكون هناك نيابة .

٦٩ مكرر - ومن حالات النيابة حالتان لا تغني عنا في فهم أحكامهما الا نظرية ارادة النائب بالصيغة التي طرحناها الا وهما حالة النيابة الظاهرة التي تعرفها كل القوانين الوطنية (انظر ما يلي البنود ١٣٣ - ١٣٥) وحالة الأصل المستتر التي تعرفها الشريعة الاسلامية كما يعرفها القانون الانجليزي وقانون الولايات المتحدة (انظر ما يلي بند ١٥٤) .

ففي حالات النيابة الظاهرة لا يستقيم القول بأن لارادة الأصل دخلاً في انشاء العقد الذي يبرمه النائب الظاهر مع الغير وذلك لأن تلك الارادة متخلفة في حقيقة الواقع بل ان الزام الأصل أحكام عقد النائب الظاهر مع الغير قد يكون على عكس إرادته الحقيقية متى توفر مظهر النيابة وأمكن نسبة ذلك المظهر الى الأصل ، فالصحيح اذن أن يقال انه في حالات النيابة الظاهرة يقرر القانون - حماية للغير حسن النية ورعاية لاستقرار المعاملات - ان تلك الوسيلة المستعملة (أعني ارادة النائب الظاهر) مؤدية الى غايتها (أعني اكتساب حقوق العقد والتحمل

(١) محكمة لوكسمبورج ٦ فبراير سنة ١٩٣١ - سيريه ١٩٣٢/٤

بالتزاماته) لا في شخص صاحبها ولكن في شخص من خلق المظهر
الموحي بوجود النيابة دون أن يكون لارادة هذا الأخير أى دخل في
تكوين العقد المبرم مع الغير .

وفي حالة الأصيل المستر نجد أن وجود الأصيل فضلا عن شخصيته
يكون مجهولا لدى من تعامل مع النائب فالعقد المبرم بينهما لا يمكن
اذن أن يقال ان لارادة الأصيل دورا في انشاءه والصحيح أن ذلك
العقد ناشئ عن تلاقي ارادتي طرفيه المعروف أحدهما للآخر أى تلاقي
ارادة النائب وحده مع ارادة الغير المتعامل معه ، أما صرف آثار العقد
الى الأصيل المستر فمرجه أن القانون لم ير بأسا في التوصل بارادة
النائب الى غايات اقتصادية تخص الأصيل المستر وذلك لأن قصد
اثنين من أطراف علاقة النيابة الثلاثة قد اتجه الى ذلك ولأن الطرف
الثالث فيها لا يضار لكون نظام الأصيل المستر مقتصر التطبيق على
عقود المعاوضات المالية التي لا اعتبار فيها لشخص المتعاقد وأيضا
لأن للغير في ظل هذا النظام أن يختار الرجوع على النائب حتى بعد أن
ينكشف له وجود الأصيل وتتحدد شخصيته بالرغم من قيام العلاقة
المباشرة بينه وبين هذا الأصيل .

٧٠ - الآن وقد شرحنا في الصفحات المتقدمة طبيعة النيابة كما
تصورها ودللنا على صحة فكرتنا بتطبيقها على بعض الأحكام الوضعية
للنيابة ، نرى أنه يسوغ لنا أن نقرر أن النيابة بوضعها الحالي مظهر
للاتجاه الملموس في القانون نحو تخليص التصرف القانوني من عناصره
الشكلية والذاتية ، بمعنى أن يكون للتصرف القانوني (الارادة الفردية
المتجهة الى احداث آثار قانونية) كيان خاص مستقل غير متوقف على
شكل معين ولا مرتبط بشخص بالذات . وبعبارة أخرى أن النيابة خطوة
جديدة في طريق الرضاية الذي بدأ من الشكلية المطلقة حين لم يكن
لارادة الفرد أثر ما اذا لم تقرر بطقوس وأشكال معينة ثم وصل الى

اقرار مبدأ الرضائية فأصبحت الإرادة المجردة عن أى شكل معين منتجة لآثار قانونية ولكنها آثار لاصقة بشخص من صدرت عنه الإرادة لا تتجاوزها الى غيره ولو أراد هذا الغير ذلك أو اقتضت مصلحة جديرة بحماية القانون ، الى أن انتهى الأمر الى تخلص الإرادة من قيد الارتباط بالشخص كما تخلصت من قبل من قيد الارتباط بالشكل — وذلك باقرار نظام النيابة بشروطه وأحكامه المعروفة فاذا بالإرادة الفردية وقد استقلت عن الأشكال تستقبل أيضا عن الأشخاص ويصير لها كيان قانونى مجرد (١) قابل لاحداث آثار قانونية تلحق شخصا غير الذى صدرت عنه الإرادة وذلك فى كل حالة من حالات النيابة التى نظمها القانون أى كلما أراد صاحب الشأن ذلك وهو ما نراه فى حالات النيابة الاختيارية (الاتفاقية) ، أو اقتضت مصلحة جديرة بحماية الشارع وهو ما يصادفنا فى حالات النيابة الضرورية (القانونية) •

(١) من مظاهر هذا الكيان القانونى للمجرد الحكم الذى تضمنته المادة ٩٢ من القانون الدسمى المصرى ونصها « اذا مات من صدر منه التمييز عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التمييز أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التمييز بسلم من وجه إليه » ٠٠ لهذا نرى الإرادة وقد أصبحت لها كيان خاص مجرد عن شخص من صدرت عنه بحيث يبقى قائما ولو زال ذلك الشخص حقيقة أو حكما •

الكتاب الثاني

أحكام النيابة

الباب الأول

في نشأة النيابة ومداها

الفصل الأول

النيابة

٧١ - صفة النائب في القيام بالتصرف القانوني الذي تنصرف آثاره الى الأصل لها مصدران فهي إما أن تستمد من ارادة الأصل وإما أن تستند الى القانون ولذلك قالوا ان النيابة نوعان : اتفاقية وقانونية - والأصح أن يقال ارادية وقانونية اذ النوع الأول مصدره ارادة الأصل (وسنرى أن تلك الارادة قد تتجلى في غير اتفاق) والنوع الثاني مصدره القانون . (١)

والنوع الأول من نوعي النيابة الذي اصطلح على تسميته بالنيابة الاتفاقية يتميز بخاصيتين نجهدهما في جميع تطبيقاته وهما : (١) وجود تصرف ارادي صادر من الأصل لاسباغ صفة النيابة على النائب و (٢) الطابع الاختياري لهذه النيابة بمعنى أن الأصل يستطيع من حيث المبدأ أن يتولى التصرف بنفسه ولكنه يختار أن ينوب فيه عنه النائب .

(١) تنص المادة ١٠٩ من القانون المدني الاردني الجديد على انه « تكون النيابة العامة اتفاقية او قانونية » . وللاخذ أن المواد الثلاث الأولى من مواد النيابة في التقنين الاردني تتناول عموميات كان يصح أن يستقضى من ايرادها التشريع ، أما بقى مواد النيابة فيه فهي مطابقة لما يقابلها في القانون المدني المصري عدا المادة ١١٣ (انظر حاشيته البند ١٥٩ أدناه) .

أما النوع الثانى المسمى بالنيابة القانونية فطابعه المميز فقدان
أية ارادة للأصيل فى انشاء الانابة من جهة وضرورة وجود تلك النيابة
لعجز الأصيل عن مباشرة التصرف بنفسه من جهة أخرى •
لهذا يمكننا أن قسم حالات النيابة جميعها الى نوعين :

١- نيابة اختيارية ، مصدر الانابة فيها ارادة الأصيل وانشاء
هذا النوع من النيابة أو عدم انشاؤه وكذلك تعيين شخص النائب أمر
متروك لمطلق اختيار الأصيل اذ تنتنى أية ضرورة تدعو بوجه حتى الى
أن يحل محله فى التصرف نائب عنه أو أن يكون تعيين شخص النائب
موكولا الى غيره •

٢ - نيابة ضرورية ، مصدر الانابة فيها القانون ولا مدخل
لارادة الأصيل فى انشاؤها ولا فى تعيين شخص النائب ، بل أن تلك
الارادة فى معظم صور النيابة الضرورية معدومة أو ناقصة فى ذاتها ولهذا
احتيج الى هذا النوع من النيابة لامكان القيام بتصرفات قانونية لحساب
الأصيل ومن هنا جاءت صفتها الضرورية •

وتعيين شخص النائب فى النيابة الضرورية قد يتولاه القانون
مباشرة كما فى ولاية الأب والجد وقد يتولى القضاء تعيين شخص
النائب كما فى الوصاية — ولذلك قال البعض بوجود ما سموه بالنيابة
القضائية (١) — وقد يكون تعيين النائب راجعا الى ارادة شخص آخر

(١) الحراسة القضائية تدخل فى باب النيابة الاختيارية بالنسبة لطالب الحراسة
(ان كان شريكا فى المال محل الحراسة) لأن منشأها عمل ارادى من الأصيل هو رفع
دعوى الحراسة أما تعيين شخص النائب فيلجا فيه الى القضاء لتعدد اصحاب الشئسان
وعدم اتفاقهم ، وبالنسبة للمدعى عليه فى دعوى الحراسة تكون امام حالة نيابة ضرورية
لأن ارادته لم تتدخل فى انشاؤها بل هى تفرض عليه برغبه كما أن الضرورة قالة بسبب
لعجز الراعى عن التصرفات القانونية المتعلقة بالمال المشترك نظرا لوجود النزاع • قارن
عبد الحكيم فراج : الحراسة القضائية فى التشريع المصرى ، القاهرة ١٩٥٢ بند ٥٣ ص ٥٣
حيث يستعمل التقسيم الثلاثى التقليدى الى نيابة اتفاقية ونيابة قانونية =

غير الأصل كما في حالة الوصي المختار - وأخيرا نجد حالة من حالات النيابة الضرورية يستند تعيين النائب فيها الى إرادته هو وهي حالة الفضالة فالقضولى يتولى شأن رب العمل من تلقاء نفسه والقانون يعتبر التصرف الذى يعقده القضولى مع الغير نافذا في حق رب العمل متى توافرت شروط الفضالة ، أما اعتبار النيابة هنا ضرورة يرغم توافر الإرادة لدى الأصل في معظم الحالات فمرجه الى حالة واقعية عارضة لا الى قص قائم بإرادة الأصل اذ المفروض في الفضالة أن رب العمل ليس حاضرا ليتولى شأنه المأجل بنفسه ومن هنا أوجد القانون هذه الصورة من صور النيابة الضرورية التي لا مدخل في انشائها لإرادة الأصل والتي يكون تعيين شخص النائب فيها راجعا لإرادة هذا الأخير نفسه .

٧٢ - وإذا كانت النيابة الضرورية التي مصدرها القانون بينة المعالم واضحة الحدود بفضل استمدادها من نصوص صريحة لا يتسع معها للنظر مجال ولا يعرض لاختلاف الرأى داع الا قليلا ، فإن النيابة الاختيارية التي مصدرها الإرادة ليس هذا شأنها بل ان في تعيين منشئها وفي بيان حدودها وفي ايضاح معالمها مجالا كبيرا للاجتهاد ويعرض بشأنه من المنازعات في العمل ما يقتضى المشرع والفقهاء تخصيص جانب من اهتمامهم بهذا النوع من نوعى النيابة .

وارادة الأصل المنصرفة الى اعطاء النائب صفة النيابة تتمثل

- ولاية قضائية ويعتبر الحراسة لولاية قانونية لأن القانون هو الذى يحدد نطاقها ويبين حالاتها وأركانها وآثارها كما يعبرها بولاية قضائية لأن القضاء هو الذى يخلق على الحارس صفته .

فيما يسميه بالانابة *Habilitation* (١) فالانابة تصرف قانوني بمقتضاه يخول الأصل نائبه مكنة اجراء تصرف مع الغير تبصرف آثاره الى الأصل. وعادة تكون الانابة مرتبطة بمقد بين النائب والأصل غالبا ما يكون وكالة ومن هنا نشأ الخلط بين الانابة والوكالة (أو بوجه عام العقد المرتبطة به الانابة) وهو ما يجب الاحتراز منه لحسن فهم الموضوع إذ أن الانابة وإن كثر اجتماعها مع الوكالة أو مع غيرها من العقود تتميز عنها بطبيعتها ولا تختلط بها .

لذلك كان نص المادة ١٩٨٤ من القانون المدني الفرنسي موضع انتقاد الشراح من زمن غير قصير لأن ذلك النص إذ يقرر أن « الوكالة أو الانابة تصرف بمقتضاه يخول شخص لآخر سلطة اجراء عمل لأجل الموكل وباسمه » (٢) ، يخلط بين الوكالة والانابة إذ يصرف الى كليهما

(١) هذا المصطلح الفرنسي لا يرجع استعماله الا الى عهد قريب نسبيا ولم يدع به تمام الديويج (أنظر مشروع للمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص الصادر سنة ١٩٥٥ وكتاب فرانسوا ريجو للطبوع سنة ١٩٦٣) والمصطلح القديم الذي لا يزال جاريا على ألسنة الكثيرين هو *procuration* وترجمته عند يوبسكو - وامنتيانو (١٩٢٧) هو : « La procuration est l'acte juridique par lequel une personne donne le pouvoir à une autre de la représenter vis-à-vis des tiers en général ou vis-à-vis d'un certain tiers. » Popesco-Raminceanu, pp. 415-416.

والمصطلح الفرنسي الجديد أفضل من القديم لأن لفظ *procuration* متمد الدلالات فله معنى الانابة في ذاتها وقد يعنى الوكالة (وهذا هو استعماله الأصل كما في المادة ١٩٨٤ مدني فرنسي حيث صعدا اللفظ ولفظ الوكالة *mandat* مترادفان) وقد يعنى الورقة المثبتة للوكالة ، أو ما يسمى في العرف الجازي « التوكيل » وهكذا فإن استعمال هذا اللفظ المشترك مدعاة للخلط في الفرنسية أما المصطلح الفرنسي الجديد فهو أدق في تادية المعنى لاختصاصه بالانابة على الوجه الذي تفرقه نظرية النيابة الحديثة . أما في العربية فإن استعمال لفظ الانابة يعطينا من كل هذا الحرج .

وتنبني الإشارة الى أن القانون المدني المصري استعمل لفظ الانابة بصدد وضع لا يستلزام النيابة بالتمني الحقيقي ومعنى به الانابة في الوفاء في (للواد ٣٥٩ - ٣٦١) فيجب الاحتراز من الخلط بينها وبين الانابة التي نحن بصددنا . أنظر تفصيل ذلك فيما يلي بند ١٦٤ .

(٢)

« La procuration est l'acte juridique par lequel une personne donne le pouvoir autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom », art. 1984 c.c.f.

هس التعريف (١) بينما الواقع أن الوكالة بطبيعتها عقد تبادل يستلزم توافق ارادتي الموكل والوكيل ومؤداه التزام الوكيل بالقيام بعمل قانوني لحساب الموكل ، والوكالة تصرف بإرادة منفردة هي ارادة الأصل بسبق بمقتضاها على النائب صفة النيابة فيمكنه من القيام بتصرف قانوني تعود آثاره على الأصل دون النائب (٢) .

ويحدث في العمل أن تجتمع الوكالة والوكالة وذلك حين تكون للوكيل سلطة اجراء التصرف بحيث تعود آثاره مباشرة على الموكل ولكن يحدث أيضا أن تكون الوكالة غير مرتبطة أصلا بالوكالة وذلك حين يكلف الوكيل باجراء عمل قانوني لحساب الموكل دون أن تصرف آثار ذلك العمل مباشرة الى الموكل بل تصرف أولا الى الوكيل

(١) بوبسكو - رامنسيانو ص ٢٢٣ - ٢٢٤ حيث ينقل المؤلف عن اديري ود قولها أن المادة ١٩٨٤ تصرف في الواقع الاثابة أكثر من تعريفها عقد الوكالة .

(٢) انظر حكم محكمة النقض الصادر في ٢٤ يونيو ١٩٥٤ - مجموعة الاحكام الصادرة من الجمعية السومية والدائرة المدنية (الكتب الفني) السنة الخامسة رقم ١٤٩ ص ٩٧١ :

« التوكيل عقد لا يتم الا بقبول الوكيل فاذا لم يثبت هذا القبول من اجراء العمل للوكيل فيه أو من أى دليل آخر مقبول قانونا انقضت الوكالة ولم يبق الا مجرد ايجاب بها من الموكل لم يقتض بقبول من الوكيل .. »

والحكم لم يعتبر اعلان الحكم الابتدائي الى وكيله الخصم صحيحا حيث تم تسليم الصورة لشيوخ البلد بعد أن رفض الملأن اليه الاستلام وقرر أنه ليس وكيلاً ، وذلك رغم تقديم للمتأنف لصوره رسمية من التوكيل اكتفت بها محكمة الاستئناف ثم رأت محكمة النقض خلاف ذلك على ما تقدم .

وهذا الحكم سليم حتى على اعتبار التوكيل « اقامة » صادرة عن ارادة الأصل الفردية كما هو تكييفه الصحيح وذلك لأن الاثابة « رخصة » للنائب في التصرف على وجه يلزم الأصل ولكن لا « التزام » عليه بذلك فهذا الالتزام انما ينشأ عن الوكالة وهي عقد لا يقوم الا بايجاب يصادفه قبول على ما قرره الحكم . ولما كان ثابتا من وقائع النزاع أن النائب في صورة هذه الدعوى لم يستعمل الرخصة التي غولته اياها الاثابة بل على العكس رفض أن يتصرف بمقتضاها فلا وجه لازام الأصل بتصرفه ويكون قضاء الحكم في اعتباره الاعلان غير صحيح قضاء متفقا والقواعد العامة في النيابة ومتشعبا مع التفرقة بين « سلطة » النائب وبين « التزام » الوكيل . انظر ما على بند ٧٨ .

الذى ينقلها بعد ذلك الى موكله يتصرف جديد تنفيذا لعقد الوكالة (١).

٧٣ - ولعل كثرة اجتماع الوكالة والانابة في العمل هي السبب في الخلط بينهما أول الأمر وفي اعتبار الانابة عنصرا من عناصر عقد الوكالة (٢) لا أن الفقه الحديث قد عمل على احكام التمييز بين الوكالة والانابة وقد اتبعت هذا الهدى القوانين الحديثة كالتقانون المدني الألماني وقانون الالتزامات السويسرى (٣) كما أن القانون المدني المصرى اذا عرف الوكالة في المادة ٢٩٩ منه بأنها « عقد بمقتضاه يلتزم

(١) وهما هي حالة الوكالة بالمسولة *commission* التى أصبحت لها أهمية بالغة في الحياة التجارية الحديثة لهذا النوع من الوكالة هو وكالة من غير انابة - وكذلك الوكالة للسماة اصطلاحا بالاسم المستعار *prête-nom* وهى التى لا يظهر فيها لوكيل في التصرف الذى يجريه الوكيل - انظر حكم النقض الفرنسى (عراض) ١٠ فبراير سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعى ١٦٢/١٩٣٦ حيث رتبته المحكمة على عدم نيابة الوكيل عن الموكل نتيجة عملية عامة من الوجهة الضرائبية وهى استحقاق الرسم النسبى على انتقال الملكية مرتين مرة على عقد الوكيل مع الغير ومرة أخرى على حكم صادر باعتبار القسرى وكلا في القضاء من أيّيه الذى يصحح المالك الوحيد .

وانظر حكم النقض ١٥ ابريل سنة ١٩٤٣ للحاماة ١٧٠/٦٢/٢٥ وحكم النقض ٢٢ مايو سنة ١٩٤٧ « مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاما » ج ٢ ص ١٢٢٥ رقم ٨ وحكم طنطا الابتدائية ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ الحاماة ١٤ القسم الثانى رقم ٥٤ ص ١٠٣ « اذا كان منشأ التزام الكليل بطريق الوكالة المستترة وهى التى يتعامل فيها الوكيل مع الغير باسمه خاصة الا أنه فى الحقيقة يتعامل لحساب موكله فهو يعتبر أمام الغير أميلا فى الالتزام الا أنه فى علاقته مع موكله يعتبر وكلا » .
بالمعنى نفسه نقض مدنى ٢٥ ابريل ١٩٦٣ - مجموعة للكتب الفنى ٥٧٩/٨٤/١٤

(٢) لا تزال قلة ضئيلة من الشراح ماضية فى ذلك الخلط بين الوكالة النيابة وبخاصة الفقيه البلجيكي دى باج الذى يقول ان « النيابة هى المنصر الجوهري لعقد الوكالة » وهو من ثم يرى أنه لا نيابة الا حيث توجد الوكالة ولذا لا يرى فى الفضولى نائبا نتيجة لانقضاء صفة الوكيل عن الفضولى ، أما حالات النيابة التى يسميها بالفانوتونية أو القضاينة فهو يؤسسها على « وكالة غير تعاقدية » (دى باج ، ج ٥٥ ، الفقرات ٣٦٦ - ٣٧١)

De Page : *Traité élémentaire du droit civil belge*, 10 tomes, 1943-1950, t. V, Nos. 366-371.

وانظر مثل هذا الخلط بين الوكالة والانابة عند جان كاربونييه : نظرية الالتزامات

• باريس ١٩٦٣ ص ٢١٢ .

• فون تورن ص ٢٨٨ .

الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل « قد وضعها في موضعها الصحيح باعتبارها عقداً بين الطرفين تنشأ عنه التزامات متبادلة أحدها التزام الوكيل بالقيام بالعمل لحساب الموكل ، ولم يشر في تعريفها الى اسباغ صفة النيابة على الوكيل بخلاف نص المادة المقابلة من القانون القديم التي كانت تنص (م ٥١٢) على أن « التوكيل عقد به يؤذن الوكيل بعمل شيء باسم الموكل وعلى ذمته » وهو تعريف يتماشى الى حد كبير مع تعريف القانون المدني الفرنسي .

واذن فتقانوننا المدني قد عنى بهذه التفرقة بين الوكالة وبين الانابة وهو لذلك قد فصل « عقد الوكالة عن موضوع النيابة بوجه عام » فوضع مبدأ النيابة وما يتصل بها من أحكام بين القواعد العامة ... « وجعل عقد الوكالة في مكانه بين العقود المسماة التي ترد على العمل اذ « الوكالة محلها عمل الوكيل . وقد روعي بعد فصل الوكالة عن النيابة « ألا تكرر النصوص في الموضعين فاختصت النيابة بالمبادئ العامة « دون نظر الى مصدر النيابة هل هو العقد أو القانون وعرض المشروع « فيها بنوع خاص الى أثر النيابة في العلاقة مع الغير الذي يتعاقد معه « النائب ، أما الوكالة فباعتبارها عقداً بين الوكيل والموكل فقد تركزت « فيها أحكام النيابة مخصصة من ناحيتين :

« من ناحية المصدر فهي نيابة اتفاقية مصدرها العقد ، ومن ناحية « الأثر فهي تقف بنوع خاص عند أثر النيابة في علاقة الوكيل بالموكل « أى النائب بالأصيل أما العلاقة بالغير فقد وردت في الوكالة أحكامها « الخاصة بالنيابة الاتفاقية مع الاحالة على مبدأ النيابة بوجه عام في « الأحكام الأخرى (١) » .

(١) للمذكرة الإيضاحية لمشروع تنقيح القانون المدني (عل النصوص الخاصة بالوكالة) ويلاحظ عل صياغة المذكرة الإيضاحية شيء من عدم الدقة في الإشارة الى « العقد » بوصفه مصدر الانابة الاتفاقية بينما مصدر تلك الانابة هو عل الدقة ارادة الأصيل التي تتميز عن العقد الذي تصدر بمناسبته (وكالة كلف أو غيره) كما هو مشروح بالفرن .

٧٤ - والفرقة بين الوكالة وبين الأمانة ترجع الى كون الوكالة عقدا يلتزم بمقتضاه الوكيل بالقيام بتصرف قانوني لحساب الموكل ولكن الوسيلة الفنية التي يتم بها ذلك التصرف ليست من جوهر عقد الوكالة ولا من عناصره فالوكيل قد ينفذ التزامه بالقيام بتصرف معين لحساب موكله عن طريق التعاقد مع الغير باسمه خاصة ثم نقل حقوق العقد والتزاماته الى موكله بتصرف جديد كما أن الوكيل قد ينفذ التزامه بالقيام بالتصرف القانوني بطريق النيابة بأن يتعاقد باسم الموكل فتقع آثار تصرفه مباشرة في ذمة هذا الأخير وذلك في الحالات التي يكون للوكيل فيها تلك المكنة ، مكنة اجراء تصرف تقع آثاره مباشرة في ذمة موكله وتلك المكنة هي التي نسميها بالأمانة .

واذن فليس هناك ارتباط حتمي بين الوكالة وبين النيابة فخصيصة الوكالة هي التزام الوكيل باجراء تصرف قانوني لحساب الموكل أما طريقة اجراء الوكيل لذلك التصرف فليست من عناصر الوكالة ، والوكالة بوصفها عقدا بين الموكل والوكيل تقوم مستوفية الأركان والعناصر في كل حالة يرم فيها الوكيل تصرفا قانونيا لحساب موكله ولو كان ذلك باسم الوكيل خاصة وفي هذه الحالة لا تكون لدينا نيابة . كما أن الوكيل قد يرم التصرف باسم الموكل فتقع آثار تصرفه مباشرة في ذمة هذا الأخير وذلك متى اقترنت الوكالة بأمانة صادرة من الموكل للوكيل وهذه الحالة وحدها تدخل ضمن نطاق النيابة ، ولعلها في العمل أكثر حالات الوكالة ذيوعا غير أن ذلك الاقتران بين الوكالة والأمانة ليس معناه انخلط بينهما فان حصول التصرف بطريق النيابة او عدم حصوله بطريقها ليس متوقفا على وجود عقد وكالة او عدم وجوده وانما هو

يتوقف على وجود الأمانة أو انتفاها (١) والأمانة ممكنة لا ترتبط بمقد
الوكالة بوجه حتى وإن اقتصرت به في أغلب الأحوال .

٧٥ - هذا وإن لمقد الوكالة الذي لا ترتبط به أمانة أمثلة
ذاتة في العمل يندرج أغلبها تحت ما اصطلح على تسميته « بالاسم
المستعار » فالاسم المستعار وكيل كسائر الوكلاء تربطه بموكله أحكام
عقد الوكالة غير أنه وكيل غير نائب فهو اذ يتصرف لحساب موكله انما
يتصرف باسمه هو لا باسم الموكل ولذلك لا ينطوى هذا الوضع على
ذيادة لانتفاء التعامل باسم الأصل (٢) . وهكذا نجدنا بإزاء وكالة
استوفت جميع أركانها وشرايطها وهي مع ذلك غير مرتبطة بأمانة
ومن هنا انتقد واضعو القانون المدني الحالي بحق نص المادة ٥١٢ من
القانون القديم لأنها اذ قيدت الوكالة بحصول التعامل باسم الموكل
أصبحت تضيق عن استيعاب حالات لا شك في اعتبارها تطبيقات للوكالة
تسرى عليها أحكام ذلك العقد (٣) .

ولئن كان من اليسير تعداد الأمثلة على الوكالة التي لا ترتبط
بأمانة فلقد يبدو من العسير ضرب المثل لحالات في العمل تنطوى على
أمانة مجردة عن عقد الوكالة ، غير أن الواقع أن في الحياة العملية

(١) فلاتيه : « العقود لحساب الغير » باريس سنة ١٩٥٠ جلد ٥٤ ص ٧٠ .

« Il est nécessaire de bien poser les limites existant entre le mandat et
« la représentation. Celle-ci est le moyen technique de faire des actes juridi-
« ques pour le compte d'autrui, en son lieu et place. Le mandat est une con-
« vention par laquelle une personne promet à une autre de faire des actes
« juridiques. Mais le mode de réalisation de ces actes n'est pas forcément
« établi par le mandat. Ce mode, représentation ou non représentation, découle
« d'un pouvoir donné au représentant ou de son absence ».

Flattet : « Les contrats pour le compte d'autrui », Paris, 1950, No. 54, p. 70.

(٢) تقضى فرنسي (عراقلي) ١٠ فبراير سنة ١٩٣٦ - دالوز ١٩٣٧/١٩٣٧ وعشرو
الدائرة الفردي في هذه القضية هو المستشار بيلون صاحب الرسالة للعرولة في النيابة
(كان سنة ١٨٩٧) . وكذلك الوكيل بالموالة فهو وكيل غير نائب لكونه يتصادق باسمه
لا باسم موكله ، انظر تقضى مدني ٢٣ مايو ١٩٦٣ - مجموعة للكتب القني ١٩٤/١٠٤
(٣) المذكرة الإيضاحية - مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ١٨٥ .

أمثلة كثيرة لآثابة تصدر مستقلة عن أية وكالة بين الأصل والنائب ، وإن كان ممبا يصعب مهمة الاستدلال على تلك التطبيقات للآثابة المجردة عن الوكالة ما درج عليه الفقه التقليدى من القول بافتراض قيام الوكالة أو القول بوجود وكالة ضمنية فى كل حالة ينصرف فيها أثر تصرف النائب الى الأصل مباشرة •

فمن أمثلة الآثابة المرتبطة بمقد آخر غير عقد الوكالة حالة موظف المحل التجارى الذى يتولى البيع للجمهور فهو يرم تصرفات ينصرف أرها مباشرة الى الأصل صاحب المحل بموجب آثابة صادرة من ذلك الأصل ارتضى بمقتضاها إيقاع آثار تصرف ذلك الموظف مع زين المحل فى ذمته رأسا ، أما العقد الذى يربط صاحب المحل بنائبه ذاك والذى صدرت بمناسبته الآثابة فليس عقد وكالة وإنما هو عقد عمل والالتزامات المتبادلة بين طرفيه ليست الالتزامات الناشئة عن عقد الوكالة وإنما هى تلك التى يرتبها عقد العمل • وشبيه بهذا المثال وضع « الوكلاء » المفوضين للشركات المساهمة فهؤلاء موظفون لدى تلك الشركات تربطهم بها عقود عمل وتصدر لهم بمناسبة تلك العقود آثابة خارجية موجهة الى الغير فى صورة منشورات تبين صفات « الوكلاء » المفوضين ونطاق سلطاتهم فاذا أبرم « الوكيل » المفوض تصرفا مع الغير باسم الشركة فى حدود مكنته انصرف أثر تصرفه الى الشركة رأسا بمقتضى تلك الآثابة الصادرة بمناسبة عقد العمل والمجردة عن كل عقد وكالة •

٧٦ - وربما تراهى للبعض أن يقول فى هذين المثالين وما شابههما أن هناك الى جوار عقد العمل وكالة ضمنية بين الأصل والنائب غير أن هذا القول لا يخرج عن كونه افتراضا محضا لا يؤيده واقع الحال •

فالأوامر الملموس، هو أن الرابطة التعاقدية بين الأصيل ونائبه في المثاليين المتقدمين تتمثل في عقد عمل هو الذي ينظم علاقتهما وهو الذي يحكم التزاماتهما المتبادلة دون عقد الوكالة المفترض . وذلك الافتراض ربما كان هناك ما يبرره في الماضي عندما كان كيان النيابة لم يستو بوصفها نظاما مستقلا ينظم الوكالة ولا يقتصر عليها أما الآن وقد استوى للنيابة كيانها الخاص كما أحكم الفقه التمييز بين الانابة وبين ما ترتبط به في العمل من العقود وأخصها الوكالة ، فلا محل مطلقا للذهاب في كل حالة نجد فيها انابة مجردة عن عقد الوكالة الى القول بأن هناك وكالة ضمنية تربط النائب بالأصيل ، وانما هي انابة صادرة عن ارادة الأصيل بمناسبة رابطة تعاقدية بينه وبين النائب ليس من الحتم أن تكون رابطة وكالة .

وكثيرا ما تكون الانابة المرتبطة بعقد عمل غير مفرغة في مسند مكتوب بل تستخلص من وضع العامل أو من مسلك رب العمل ، وهنا نكون أمام حالة نيابة فاشئة عن وضع يشغله النائب بالنسبة للأصيل (البند ٩٢ أدناه) أو في حالة من حالات النيابة الظاهرة التي سنتناولها في الفصل الثالث من هذا الباب ، أو قد تخلص الانابة من أحكام عقد العمل نفسه ان لم يكن للعامل وضع منشئ لنيابة ولا لرب العمل مسلك منبئ عن وجودها وفي مثل هذه الحالة الأخيرة قضت محكمة النقض المصرية بأنه « لتقرير ما اذا كانت آثار العقد تنصرف الى الأصيل أولا تنصرف يتعين بحث العلاقة بينه وبين من ادعى الوكالة عنه ، ومن ثم فلا تثريب على محكمة الموضوع في اعتمادها على عقد العمل المبرم بين الأصيل وبين مدعى الوكالة في هي قيام وكالة بينهما ولا يجدى المتعاقد الآخر القول بأنه لم يكن طرفا في عقد العمل المشار اليه اذ كان عليه أن يتحرى صفة من تعاقد معه وحدود تلك

الصفة وله في حيز ذلك الاطلاع على السند الذي يحدد علاقته بشئ ادعى الوكالة عنه فان قصر في ذلك فعليه تبعة ذلك التقصير « (١) » .

هذا وأن بعض التشريعات الأجنبية تضمنت نصوصا تتناول اناة تصدر من الزوجة الى زوجها بمناسبة الزواج ومن أحكام هذه الاناة في تلك التشريعات ما ينتفى معه قطعاً امكان افتراض الوكالة ولا يبقى الا القول بوجود اناة صادرة من الزوجة الى زوجها مجردة عن كل وكالة . فالمادة ١٥٧٧ من القانون المدني الفرنسي تنص على أنه « اذا أنابت الزوجة زوجها في ادارة أموالها الحرة مع اشتراطها عليه تقديم الحساب فيكون مسئولاً قبلها كمسئولة الوكيل » . ومفهوم المخالفة من هذا النص ، أن اناة الزوجة لزوجها في ادارة أموالها الحرة (الخارجة عن الدولة) اذ لم تقرن بشرط صريح يلزمه بتقديم الحساب فمقتضاها عدم التزام الزوج بشئ من ذلك وانما هو يتصرف في ادارة تلك الأموال تصرفات تقع آثارها في ذمة الزوجة مباشرة دون أن يقدم عن ذلك أى حساب . ومثل ذلك نص المادة ١٤٠١ من القانون المدني اليوناني : « اذا عهدت الزوجة الى زوجها بادارة أموالها الخارجة عن الدولة دون مشاركة خاصة بتقديم حساب عنها فلا يلزم الزوج ولا ورثته برد الدخل المتحصل من هذه الادارة » . فهنا نجدنا أمام شخص يتصرف تصرفات تلزم غيره رأساً وهو مع ذلك غير مسئول عن تقديم حساب ولا عن رد حصيلة تلك التصرفات وذلك بصريح النص التشريعي . ومتى كان الأمر كذلك فلا يسوغ تفسير هذا الوضع على أنه يتضمن وكالة ضمنية من الزوجة لزوجها لأن من الالتزامات الجوهرية التي يرتبها عقد الوكالة في ذمة الوكيل الالتزام بتقديم الحساب وبرد ما تحصل لحساب الموكل « والتزام الوكيل بتقديم حساب عن وكالته من مستلزمات وجود عقد التوكيل نفسه وهذا

(١) نفس ٢ يناير ١٩٦٩ - للامانة ١١٧/٢٠٧/٥٠ .

الالتزام لا يسقط الا اذا اعضاء الموكل منه اعضاء واضحا
 جليا « (١) • وعلى ذلك فاذا كان هذا الالتزام لا يقوم بين الزوج
 وزوجته في هذا المثال الا اذا اشترطته الزوجة صراحة ويستثنى بمجرد
 السكوت عنه فالرابطة بين الزوجين في مثالنا لا يمكن اذن أن تكون عقد
 وكالة وانما انصراف أثر تصرفات الزوج الى الزوجة رأسا هو بعكم
 الانابة التي تصدر منها له غير مرتبطة بأية وكالة •

فالأوضاع المتقدمة جميعا تتضمن كما رأينا انابة مجردة عن
 الوكالة أى صادرة بمناسبة روابط قانونية أخرى خلاف عقد الوكالة
 غير أن مقتضى قاعدة تميز الانابة عن العقد الذي تربط به أو تصدر
 بمناسبة لا يقف عند هذا الحد من تمييز الانابة عن الوكالة ، بل
 يذهب الى امكان تصور انابة لا تستند أصلا الى أية رابطة سابقة
 بين النائب والأصيل بل هي انابة قائمة بذاتها غير مرتبطة بأى عقد بين
 الأصيل والنائب وكالة كان أو غيره • ومثال ذلك :

شخص يتصرف باسم شخص آخر وفي ظنه أنه يقوم بعمل
 فضولي في حالة لا تتوافر فيها شروط الفضالة ويكون صاحب الشأن
 في نفس الوقت - وعلى غير علم من المتصرف - قد أصدر انابة
 خارجية وجهها الى الغير يخول بمقتضاها للمتصرف مكنة ابرام
 التصرف فاذا تعامل الغير الذي وجهت اليه الانابة مع المتصرف فان أثر
 التصرف يقع فورا ومباشرة في ذمة الأصيل اعمالا لحكم النيابة
 وبلا حاجة لاقرار لاحق من الأصيل وتكون لدينا اذن انابة قائمة

(١) استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ للحاماة السنة ١٠ رقم ١٦ ص ٦٢ •
 بل أن من احكام القضاء ما ذهب الى أن كل شرط يخالف التزام الوكيل بتقديم الحساب
 ويرد للبائع التي قبضها يعتبر شرطا غير قائم - انظر استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة
 ١٨٩١ البلدان السنة ٣ ص ١٦٩ •

بذاتها لم تسبقها ولم ترتبط بها أية رابطة تطفلية بين الأصل
والنائب (١) .

٧٧ - ولا شك في أن كثرة الالتجاء الى فكرة الوكالة الضمنية
لتفسير حالات النيابة من غير وكالة هي من آثار ذلك الخلط القديم
بين الوكالة والنيابة أو بالأحرى هي من آثار عدم التعرف على النيابة
كنظام قانوني قائم بذاته غير مختلط بمقد الوكالة ولا مستمد منه ولذا
كان الشراح كلما واجهتهم حالات تعود فيها آثار تصرف شخص على
شخص آخر دون أن يربطهما عقد وكالة يمدون الى فكرة الوكالة
الضمنية معللين تلك النتيجة بوجود عقد وكالة ضمنى بين الأصل
والنائب وقد يسمونه وكالة قانونية اذا كان القانون هو الذى ينص
على تلك النتيجة كما في حالة « الوكالة القانونية » لربان السفينة أو
يكتفون بالاستناد الى وكالة ضمنية يفترضون أنها تربط الأصل
والنائب اذا كان رجوع آثار تصرف النائب الى الأصل غير مستند
الى نص تشريعى يقرر ذلك الحكم صراحة .

ولعل من الأمثلة البارزة على خطأ استعمال فكرة الوكالة الضمنية
ما وقع في أواخر القرن الماضى حين استعارت بعض التقنيات الأوروبية
من القانون التجارى الألمانى تنظيم النيابة عن التجار فى الأعمال
التجارية ونظامها فى القانون الألمانى قائم على أساس الانابة الصادرة
عن ارادة الأصل وحده (٢) والتي لا ترتبط بأى عقد وكالة ، فقد
بنى قانون التجارة الايطالى الصادر فى سنة ١٨٨٢ هذا النظام
(م ٣٧٠) كما تبعه قانون التجارة الأسبانى (م ٢٨٦) وقانون التجارة
البرتغالى (م ٢٤٩) وقانون التجارة الرومانى (م ٣٩٥) وهكذا فإن

(١) انظر بوبسكو - دامنسيانو ص ٤٣٦ وفون توهر ص ٢٨٨ - ٢٨٩ .

(٢) أو بالأحرى للترتبة على وضع يشغله النائب بالنسبة للأصل ، انظر ما يل
بند ٩٢ تحت رقم ٣ .

هذه التقنيات الأربعة قد اختصت وضعا يقوم في القانون الذي يسمى اليه أصلا على أساس فكرة الانابة المتميزة عن الوكالة بينما هذه التقنيات المستعيرة كانت في ذلك الوقت لا تميز بين الوكالة والنيابة وتعتبر الثانية مجرد عنصر من عناصر الاولى ولذلك اضطرت هذه التقنيات الى الالتجاء الى « الوكالة الضمنية » وذكرتها صراحة في نصوصها في حين أنه كان من لا يخفى على المتأمل أن فكرة الوكالة لا تسبق مع نظام يقوم على أساس تعبير منفرد عن ارادة التاجر (الأصيل) يدرجه في السجل التجارى أو يسجله في قلم كتاب المحكمة التجارية وتحدد سلطة النائب في هذا النظام لا ارادة « الموكل » بل نصوص القانون التي لا يملك الأصيل معها أن يضيق من دائرة الاعمال التي يستطيع الممثل التجارى أن يقوم بها ما لم يتم عزله في الأحوال المعينة وبالأوضاع المرسومة التي ينظمها القانون (١) .

وحاصل القول أن الانابة وإن ارتبطت في العمل أكثر ما ترتبط بعقد الوكالة إلا أنها تتميز عنه ولا تختلط به وهي كما ترتبط بالوكالة قد ترتبط بغيرها من الروابط التعاقدية بين الأصيل والنائب بل وقد لا يصعب تصور الانابة مستقلة بكيانها ومتحققة الوجود رغم انقضاء كل رابطة تعاقدية بين النائب وبين الأصيل .

٧٨ - ونرى أنه يخلص من المذهب الحديث في التفرقة بين الوكالة باعتبارها عقدا تترتب عليه التزامات متبادلة وبين الانابة باعتبارها ارادة صادرة عن الأصيل مخولة النائب صفة النيابة تمييز

(١) ريجر من ٥٦ F. Rigaux : Le statut de la représentation en droit international privé comparé, Leiden 1963, (Bibliotheca Visseriana, t. XX), p. 56.

وانظر عربيا موجزا لهذا النظام للمسمى *prokura* الذي جاء به قانون التجارة الألماني في شميتهوف من ١٢٠ - ١٢١ حيث ينقل عن جورك قوله أن هذا النظام يعتبر انصارا كاملا للمذهب القائل بالتفرقة بين الملائن الداخلية والخارجية .

واضح بين سلطة النائب في القيام بعمل قانوني تعود آثاره مباشرة على الأصيل وبين التزام الوكيل بالقيام بالعمل القانوني لحساب موكله (١).
فالنيابة في جوهرها تحويل للنائب حق إبرام عمل قانوني تتجاوز آثاره ذمة القائم به إلى ذمة الأصيل بينما الوكالة من شأنها التزام الوكيل بالقيام بتصرف معين لحساب الموكل ولو بغير طريق النيابة .

٧٩ - وفي صدد تمييز الانابة عن عقد الوكالة نجد أن مقارنة القانون الانجليزي بالشرائع اللاتينية تلقى ضوءاً ساطعاً على هذه التفرقة بين الوكالة وبين الانابة . فالنظام الذي يقابل النيابة في القانون الانجليزي وهو المعروف باسم Agency مبتوت الصلة تماماً بعقد الوكالة وقد نشأ ذلك النظام وتطور بعيداً عن كل علاقة

(١) أبرز هذا للمنى الفقيه الايطالى فرانسيسكو كاريلوتى في كتابه عن « النظرية العامة للحق » ص ٧٧ .

Carnelutti : « Teoria generale del diritto », Roma, 1946, p. 177 : « ... il lettore colto rifletta su questo tema al lavoro scientifico che si è compiuto per il distacco del mandato alla procura, e con ciò del potere o più precisamente della potestà del procuratore dall'obbligo dal mandatario ».

ويبدو أن مثل هذا التمييز النظرى بين الانابة والوكالة لم يكن بعيداً من ذهن فقهاء الرومان رغم عدم تسليمهم بانصراف آثار عمل النائب الى الأصيل مباشرة إذ نجد الأستاذ أرنالديو رويج عند كلامه عن الوكالة في كتابه « نظم القانون الرومانى » ص ٢٢٨ - ٢٢٩ يقول ان فكرة النيابة procura مختلفة من فكرة الوكالة وان النائب procurator هو بالمضى السائد شخص يدير أمور ذمة مالية وأنه يجوز تلك الصلة بمقتضى اعادة صاحب الشأن للتفرقة أكثر من حيازته اياها بمقتضى عقد ويضيف ان تطور القانون الرومانى في عصر جستنيان سمح بوجود نواب في أعمال خاصة معينة فضلاً عن النواب الذين يديرون أمور ذمة مالية على الإجمال .

Arango-Ruiz, V. : « Instituzioni di diritto romano », Napoli, 1934, pp. 338-339 : « Diverso è il concetto della procura. Procurator è, nel significato prevalente, l'amministratore di un patrimonio ; ed è di solito un libero investito della funzione più per atto unilaterale del patrono che per contratto ; di fronte agli estranei, la sua investitura è più ri fatto che di diritto. Ma successivamente, per un'evoluzione che si perfeziona solo nel diritto giustiniano si ammette che il procurator possa essere, oltre che omium bonorum, anche unius rei ; e la sua posizione si considera come facente capo a un mandato se vi fu incarico espresso ad un negotiorum gestio, se l'incarico non vi fu. A questo punto il nome di mandatario (o di gestore d'affari) designa il rappresentante nei suoi rapporti col rappresentato, mentre il nome procuratore esprime specialmente la sua posizione in confronto a dei terzi ».

تعاقدية بين النائب والأصيل بحيث لا تجد في الفقه الانجليزي أو الأمريكي ذلك الخلط الذي كان شائعا في الفقه الأوروبي بين الوكالة والائابة والواقع أن عقد الوكالة بالشكل الذي تعرفه القوانين اللاتينية استمدادا من القانون الروماني مجهول من القانون الانجليزي والوضع الذي يطلق عليه اسم *Mandate* في القانون الانجليزي ينصب على عقد عيني من مجموعة العقود التي يطلق عليها اصطلاح *bailment* (١). وهو عقد بيد الصلة بالوكالة بمعناها المعروف في القوانين اللاتينية أو في الشريعة الاسلامية ، لهذا كانت التفرقة بين الايابة والوكالة وتميز الأولى من الثانية من البدايات في القانون الانجليزي الذي لم يحم فيه قط خلط بين الوضعين وذلك بفضل نشأة نظام النيابة نشأة مستقلة وتطوره في ذلك القانون بعيدا عن أي عقد وكالة بين الأصيل والنائب إذ أن القانون الانجليزي وكذلك القانون الأمريكي لم يعرف ذلك العقد وانما يعرف النيابة كنظام مستقل غير مختلط بالوكالة ولا يغيرها من العقود مقتضاه ايقاع آثار تصرفات النائب القانونية في ذمة الأصيل مباشرة (٢) .

(١) انظر مادة *Mandate* في دائرة المعارف البريطانية .

« The essentials and the terminology of the contract are preserved in most modern systems ; but in English Law mandate, under that name, can hardly be said to exist as a separate form of contract. To some extent the law of «mandatum» corresponds to the law of principal and agent. «Mandates» is retained to signify the contract more generally known as gratuitous bailment. It is restricted to personal property, and it involves the delivery of something to the bailor, both of which conditions are unknown to the *ma datum* of the civil law ». Encyclopedia Britannica, Vo. Mandate.

وانظر بويسكو - وامنسياتو ص ٥٠٧ - ٥١٠ حيث يشير الى أن نظام النيابة

في القانون الانجليزي لا يرتبط بعقد الوكالة أصلا .

(٢) « النيابة قد تنشأ عن عقد بين الطرفين كما قد تنشأ عن مجرد توجيه من شخص لآخر الى أن يعمل لحسابه ولا فرق بين أن يتمهد ذلك الشخص الآخر بأن يعمل لحساب الأول أولا يتمهد ، وكذلك لا أهمية لما اذا كان الشخص الآخر متولعا أن يحصل على مقابل لخدماته فيما اذا قام فعلا بالعمل لحساب الأول أو غير متوقع ذلك المقابل » .

واذ كانت الانابة تصرفا صادرا عن ارادة الاصيل وراميا الى تحويل النائب القيام بتصرف تعود آثاره على الاصيل دون النائب فان كيان الانابة يتحقق بمجرد صدور تلك الارادة عن الاصيل بدون أن يرتبط ذلك بأي عقد بينه وبين النائب سواء كان عقد وكالة أو غيره بل وبغير حاجة الى قبول النائب للانابة •

٨٠ - والانابة قد تصدر عن الاصيل موجهة الى النائب أو موجهة الى الغير ، ففي القرض الأول يكفى الاصيل باعطاء النائب صفة النيابة عنه بارادة موجهة اليه ذاته تمثل غالبا في سند مكتوب يسلم الى النائب وهو ما يطلق عليه في الاصطلاح الدارج لفظ « التوكيل » ، وفي القرض الثاني يقوم الاصيل بابلاغ تلك الارادة المنسبة على النائب صفته الى الغير وهذا القرض الثاني يحتمل صورتين : الأولى أن يقوم الاصيل بابلاغ الانابة الى الغير الذي سيتعاقد معه النائب بالذات والثانية أن يقوم الاصيل بابلاغ الانابة الى

= مجموعة معهد القانون الأمريكي براشتون ج ١ ص ٥٣ - ٥٤ •

• وليس ضروريا لقيام الصفة (للنائب في التصرف لحساب الاصيل) أن يكون نية عقد بين الاصيل والنائب أو أن يتعهد النائب أو يلتزم بأي وجه آخر بأن يعمل كنائب عن الاصيل •

المرجع المذكور ص ٧٣ •

Restatement of the Law of Agency, vol. I, Sect. 16, pp. 53-54 :

« Agency may result from a contract between the parties or it may result from a direction by a person to another to act on his account with or without a promise by the other so to act and with or without an understanding that the other is to receive compensation for his services if he does act ».

Ibid., Sect. 26 a, p. 73:

« It is not essential to the existence of authority that there be a contract between the principal or agent or that the agent promise or otherwise undertake to act as agent ».

انظر في القانون الأمريكي كذلك

Person : Sect. 136, 152, 189, 202 and 293.

وانظر كذلك في استقلال مفهوم النيابة في القانون الانجليزي عن مفهوم الوكيل :

- جولا : « العقد » ج ١ ص ٣٦٥ - ٣٦٦

Goria : Il contratto, vol. I, pp. 365-366.

الغير كافة بوسيلة من وسائل الشر (١) وقد اصطلح على تسمية
الانابة الموجهة الى النائب بالانابة الداخلية *procuracion interne*
وتسمية الانابة الموجهة الى الغير بالانابة الخارجية
procuracion externe (٢) •

ولم يتناول القانون المدني المصري كيفية صدور الانابة وان كان
المشروع التمهيدي لتنقيح القانون المدني قد أورد نصا يفيد صدورهما
عن الأصل بغير تفصيل بالنسبة لتوجيهها الى النائب أو الى الغير
وذلك النص هو نص المادة ١٥٦ فقرة ٢ من المشروع التي حذفت في
المراحل التالية ولم يتضمنها التقنين بالصورة التي صدر بها ، على أن
هذا السكوت من جانب المشرع لا ينم الا عن الرغبة في الایجاز ولذا
فإن الانابة في القانون المصري يصح أن توجه الى النائب كما يصح
أن توجه الى الغير اذ ليس في هذا ولا ذاك خروج على مقتضى القواعد
المعممة •

وعلى خلاف القانون المصري نجد بعض التقنينات الأجنبية قد
عنيت بالنص على توجيه الانابة الى النائب أو الى الغير وذلك كالقانون
المدني الألماني في المادة ١٦٧ منه حيث نص على أن الانابة تسبغ بتعير
عن الارادة موجه اما الى الشخص الذي سيكون نائبا واما الى الغير

(١) كانت مسألة تحديد من توجه اليه الانابة موضوع جدل في اللغة الألماني في
فترة اعداد القانون المدني الألماني فكان من رأى بعض الشراح ومنهم زمرمان *Zimmermann*
وميتس *Mittels* أن الانابة لابد أن توجه الى النائب بينما كان البعض الآخر يرى
وجوب توجيهها الى الغير الذي يتعامل مع النائب ومن هؤلاء لينل *Lenel* الذي كان يرى
أن النائب الذي تصدر الانابة موجهة اليه لا يسلو كونه - فيما يخص هذه الانابة -
رسولا مهمته ابلاغ الانابة الى الغير ، وأخيرا فقد كان هناك رأى ثالث مؤداه وجوب توجيه
الانابة الى النائب وإلى الغير معا (بوبسكو ولينسيانو ص ٤١٧ - ٤١٨) وبديهي أنه
لم يعد لهذا الخلاف الآن اية قيمة تاريخية •

• (٢) فون - تومر ص ٢٩٠ وبلجسكي ص ٤٩ بند ٣٩ •

الذى سيتعامل معه (١) وكثافتون الالتزامات السويسرى فى المادة ٣٣ منه التى تقترض فقرتها الثالثة حصول الانابة بتعبير عن ارادة الأصل موجبة الى الغير (٢) •

٨٠ مكرر — ولم يغفل فقهاء الشريعة الاسلامية التفرقة بين الانابة الداخلية والانابة الخارجية فقد تناولوا هذه المسألة فى بحثهم لنشأة الوكالة وما اذا كان علم الوكيل ضروريا أو غير ضرورى • يقول صاحب « منتهى الارادات » : « وشرط (بالبناء للمجهول) تعيين وكيل لا علمه بها (أى بالوكالة) » (٣) ومعنى ذلك أن الانابة ركنها صدور عبارة الأصل بتعيين نائبه وتخويله صفة النيابة عنه ولا يشترط لقيامها علم النائب بأنه أصبح نائبا ، ولا يتصور هذا الا فى الانابة التى توجه الى الغير الذى سيتعامل معه النائب لا الى هذا الأخير فهى اذن انابة خارجية لا انابة داخلية •

وهذا القول يلزم عنه حتما أن فقهاء الشريعة يفرقون — وان لم يصرحوا بذلك — بين عقد الوكالة وبين الانابة بالمفهوم الذى حددناه فى البنود السابقة ، فالوكالة بوصفها عقدا لا يتصور قيامها الا بتلاقى ارادتى الموكل والوكيل فلا يستقيم القول بأنها تنشأ بدون علم الوكيل — وهو أحد طرفى العقد — بها أما الذى يصح أن ينشأ دون حاجة الى علم الوكيل ويكفى فيه صدور العبارة عن الموكل وعلم الغير بها فهو الانابة بالمعنى الدقيق أى تخويل الأصل لنائبه مكنته النيابة

(١) « La procuration se confère par déclaration soit envers celui qui doit être fondé de pouvoir soit envers le tiers à l'égard duquel la représentation doit avoir lieu », Art. 167, al. 6 du c.c. allemand.

(٢) « Si les pouvoirs ont été portés par le représenté à la connaissance d'un tiers, leur étendue est déterminée envers ce dernier par les termes de la communication qui lui a été faite », Art. 33, al. 3 du code des obligations suisses.

(٣) منتهى الارادات — القسم الأول ص ٢٢٣ •

عنه بتصرف يقوم على ارادة الاصيل المنفردة وتكون الانابة في هذه الصورة انابة خارجية •

ونجد في «البدائع» تفصيلا لما أوجزه صاحب «متهى الارادات» اذ يقول الكاساني : « وأما علم الوكيل فهل هو شرط لصحة الوكالة ؟ لا خلاف في أن العلم بالتوكيل في الجملة شرط اما علم الوكيل واما علم من يتعامل معه ، وأما علم الوكيل — على التعيين — بالتوكيل فهل هو شرط ؟ ذكر في الزيادات أنه شرط وذكر في الوكالة أنه ليس بشرط •• كذا ذكر محمد في كتاب الوكالة وجعل علم المشتري بالتوكيل كعلم البائع الوكيل » (١) •

وجاء في « الفتاوى الهندية » : « واذا قال الرجل اذهب •• الى فلان حتى يبيعك ثوبى الذى عنده •• فهو جائز وهو اذن منه لفلان في بيع ذلك الثوب ان أعلمه المخاطب بما قال المالك جاز يعمه رواية واحدة وان لم يعلمه ففيه روايتان » (٢) • فهنا نجدنا أمام انابة خارجية موجهة الى الغير الذى سيتعامل معه النائب بالذات •

وفي « فتح القدير » مثال لانابة خارجية موجهة الى الغير كافة وذلك اذ يسوق حالة العبد المأذون كدليل على صحة الانابة الخارجية فيقول : « اذا قال للناس بايعوا عبدى فانى أذنت له في التجارة فبايعوه جاز مع أنه لا علم للعبد بالاذن » (٣) •

وعلى الجملة فان من شروط الوكالة في الشريعة « علم الوكيل أو من يتعامل معه بالتوكيل فاذا لم يعلم به واحد منهما كان العقد (أى عقد الوكيل مع الغير) موقوفا على الاجازة •• أما علم الوكيل

(١) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٠ •

(٢) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٥١٢ •

(٣) فتح القدير ج ٥ ص ٥٢٣ •

شخصيا قد اختلف فيه قليل يشترط وقليل لا يشترط .. ويرتب على هذا الخلاف أنه لو وكل زيد بكرا وهو (أى بكر) غائب فى يسع دار له بحضور خالد فاشترها خالد من بكر دون أن يعلمه بأن زيدا وكله بيعها فعلى القول الأول يقع العقد نافذا وعلى الثانى يقع موقوفا على الاجازة لعدم صحة التوكيل » (١) •

ومتى قلنا بنفاذ عقد النائب كانت الالافاة فى هذه الصور كلها افافاة خارجفة موفة لا الى النائب وانما الى الففر الذى سفعامل معه.

٨١ - قلنا ان كفاء الالافاة ففحقق بمفرد صدور ارادة الأصل دون ارفافاف بالعفد الذى ففكون قد ففدرت بمفافففة كمعفد الوكالة سفلا ، وفذكرنا بأن ففجب الافافاز من الفلفف بفف الالافاة وبفف ما قد فرفبف بف من عفود ، ومرف ذلك كله الى ففكرة اسافلال الالافاة الفف كان الفففل فى ارافاها للفففاء الألمان (٢) والفف اففكساف على ففص المافاة ١٦٧ من الفافون المافنى الألماني الفف فقرر أن صفة الففابة ففسبف بفعبفر عن الارادة فافر اما الى النائب واما الى الففر الذى سفعاصل ففله الففابة (٣) •

(١) أحمد أبو الففح - الماملاف فى الفرفة الاسلامفة » ج ٢ ص ٥٦٩ •

(٢) كان أول من أفرز هذه الففكرة الفففى الألماني لابافه فى ففبف له فففر سنة

١٨٨٦ ، ففشار الى فف شمففففوف فى ١٢١ •

(٣) افافر ففلفق الملامة سالف Satellites على هذه المافاة فى الفرفة الفرفسفة

الرسمفة للمافون المافنى الألماني ج ١ ص ٢١١ (فافرفس سنة ١٩٠٤) ففف فففرز ففكرة كون الالافاة ففصرفا فافونفا ففففزاف عن الملامة الفف ففدراف بمفاففففها (وكوكافة أو فففرها) ومسافلا فففرفا عنها • وباففبارها ففذلك ففففق الالافاة فى شكل ففعبفر عن الارادة من فافب وافد موفة مفاشرة الى ففصاف الشاف (وهو اما النائب واما الففر الذى سفعاففه ففه) • وهذا الففعبفر عن الارادة لا فلفزم فى أفة ففالف ففلو كان موفة الى النائب أن ففصر فففوله من الموفة الى واما الفف فلفزم فففوله هو الوكالة مفعلا ومف الفف على اساسها ففصر الالافاة (للرفج للذكور ص ٢١٢) وهذا الففعبفر عن الارادة الففافر من فافب وافد وان كان لا فلفزم فففوله الا أنه فى ففصاف الفافون الألماني ففجب وففوله الى من ففبه الى لأنه من ذلك النوع من الففعبفراف عن الارادة الفف ففشراف وففوله الى فففس ففف ومفالفها الوصفة وففبول الاراف (سالف للرافع المذكورة فى الفاففق على المافاة ١١٦) •

ويتجلى استقلال النيابة في صورتها اللتين سبقت الإشارة إليهما وهما الانابة الداخلية والانابة الخارجية - على الوجه الآتي :

١ - ففي الانابة الداخلية نجد أن الانابة يستوى كيانها ويتحقق وجودها بمجرد تعبير الأصل عن إرادته في تخويل النائب مكنة إبرام تصرفات ينصرف أثرها إلى الأصل ، وذلك بلا توقف على انعقاد العقد الذي قد تصدر الانابة بمناسبة واذن فالانابة الداخلية مستقلة عن انعقد الذي يربط الأصل بالنائب .

٢ - وفي النيابة الخارجية نجد أن مكنة إبرام التصرفات الملزمة للأصل تنتج للنائب عن تعبير عن إرادة الأصل موجه إلى الغير مباشرة فهو بالضرورة منقطع الصلة بالعقد الذي قد يربط النائب بالأصل واذن فالانابة الخارجية بدورها مستقلة تماما عن العلاقة الداخلية بين الأصل والنائب (١) .

واذ تنقرر قاعدة استقلال الانابة وتميزها عن التصرف أو العقد الذي صدرت بمناسبة كما تقدم ينبغي البحث بعد ذلك في مدى هذا الاستقلال وحدود هذا التمييز وهو بحث يملئ ما في العمل من روابط بين الانابة وبين ما ترتبط به من عقود .

ويجمع جمهور الفقهاء الآن على أن الروابط المذكورة بين الانابة وبين العقد الذي ترتكز إليه لا ترقى إلى حد جعل الانابة تصرفا تابعا *acte accessoire* للعقد المشار إليه وإنما تظل الانابة تصرفا مستقلا *acte indépendant* عن هذا العقد على تفصيل في ذلك بالنسبة لئنشاء الانابة ولضمونها ولانقضائها .

(١) قارن دي موسور ص ٣٢ - ٣٣ .

De Sausure : « L'acte juridique fait sans pouvoirs de représentation », *Lausanne*, 1945, pp. 32-33.

فبينما لا نجد حول استقلال الانابة في نشأتها خلافا ذا بال
— باعتبار أن الانابة تتحقق بتعبير عن ارادة الأصيل صادر اما للنائب
واما للغير بصرف النظر عن العقد الذي تركز عليه الانابة — نجد
حول استقلال الانابة في مضمونها خلافا مرده الى أن البعض (ليونهارد)
يرى أن مضمون الانابة يتوقف على العقد الذي صدرت بمناسبةه فان
كانت الوكالة مثلا محدودة كانت الانابة كذلك ، بينما يرى البعض
الآخر (بيرمان واندمان) أن في تبعية مضمون الانابة للعقد الأصلي
تفصيلا يرجع الى صدور الانابة الى النائب أو الى الغير ففي الحالة
الأولى أى فى الانابة الداخلية يكون مضمون النيابة متوقفا على العقد
الأصلي بينما الانابة الخارجية تكون مستقلة فى مضمونها عن العقد
الذى تركز اليه . وأخيرا يرى غير هؤلاء (انيكروس Ennecerus)
أن مضمون الانابة هو فى جميع الأحوال مستقل عن العقد الذى
ترتكز اليه بلا تفصيل أو استثناء شأنه فى ذلك شأن نشأة الانابة .

أما عن انقضاء الانابة فان نص المادة ١٦٨ من القانون المدنى
الألماني قد قطع السبيل على الخلاف فيه اذ قرر أن انقضاء الانابة يتقرر
طبقا للعلاقة القانونية التى أسبغت الانابة ارتكانا اليها .

وعلى هذا فالفكرة السائدة فى الفقه والقضاء الالمانيين أن الانابة
مستقلة عن التصرف الذى تركز اليه الا فيما يتعلق باهتضاها (١) .

على أن القانون المدنى الألماني قد عقب على نص المادة ١٦٨
بنصوص المواد ١٧٠ و ١٧١ فقرة ٢ و ١٧٢ فقرة ٢ حماية منه لصالح
أخير حمى النية فى حالة اهتضاء الانابة اذ نصت تلك المواد فى مجموعها

(١) انظر بروسكو - وامنسيانو ص ٤٢٤ - ٤٢١ - على أن تبعية الانابة من حيث
الانهاضها للعقد الذى تستند اليه ليس مناه ضرورة اهتضاء الانابة بمجرد اهتضاء ذلك
العقد بل أن للأطراف أن يتفقوا على غير ذلك فبطل الانابة قائمة رغم اهتضاء ذلك العقد .
لمرجع السابق ص ٤٢٦ - ٤٢٧ . وانظر ما على بند ١٦٧ وما بعده .

على ان انقضاء الانابة لا يمتد به قبل الغير المتعامل مع النائب الا اذا كان ذلك الانقضاء قد أبلغ الى الغير بنفس الطريقة التي ابلغت اليه بها الانابة ، اما بتعبير خاص عن الارادة واما عن طريق النشر واما مايراز سند الانابة .

ويلقى الأستاذ سالى Saleilles (١) على المواد ١٧٠ — ١٧٢ المذكورة بقوله ان اقتصار نصوصها على ذكر حالة انقضاء الانابة مردم الى أنه مما لا يحتاج الى نص بل يدخل في باب أولى وأخرى حماية الغير حسن النية في حالة بطلان أولى يصيب الانابة بالنسبة للتصرف الذى ترتكز اليه وهو بطلان لا يسع الغير أن يستشف أسبابه وعلى ذلك ففى حالة بطلان الوكالة مثلا تظل الانابة قائمة قبل الغير حسن النية (٢) وذلك كله تأسيسا على قاعدة استقلال الانابة عن العقد الذى ترتكز اليه .

وهكذا تتجلى نتيجة عملية هامة لقاعدة استقلال الانابة اذ تحقق هذه القاعدة حماية الغير حسن النية على أوسع نطاق فلا يضار هذا الغير من بطلان لا يعلم به فى التصرف الذى تستند اليه الانابة كما لا يضار كذلك من انعدام مثل هذا التصرف أصلا اذ تعتبر الانابة قائمة فى بعض الأحيان حتى ولو لم ترتكز أصلا الى علاقة سابقة عليها بين النائب الأصيل من وكالة أو غيرها (٣) .

(١) التعليق على القانون المدنى الألمانى ج ١ ص ٢١٥ .

(٢) سجدت المادة ١٧٢ من القانون الألمانى المقصود بالغير حسن النية فى هذا الصدد اذ قررت أن نصوص المواد السابقة لا تنطبق فى حالة ما اذا كان الغير عند إبرامه التصرف القانونى مع النائب يعلم انقضاء النيابة أو كان من المفروض حضا أن يعلمه .

(٣) انظر فون تومر ص ٢٩١ — ٢٩٢ وبريسكو — دامنسيانو ص ٤٣٠ — ٤٣١ حيث ينقل عن انيكروس Enneccerus المثال الآتى : (أ) يقدم على شراء شيء باسم (ب) بدون أن يكون موكلا فى ذلك ويغير علم (ب) الذى يكون فى نفس الوقت قد أبلغ البائع (أو الغير عموما) انابة (١) عنه فى الفراء (انابة خارجية) ففى هذه الحالة ترجح آثار العقد الذى يبرم بين (أ) والبائع (ب) الى (ب) مباشرة ولو أنه ليست بين =

٨٢ - وأخيرا لعل من المفيد الإشارة الى أن بعض الشراح (١) عند كلامهم على قاعدة استقلال الانابة قد عمدوا الى وصفها بالتصرف المجرد *acte abstrait* وقد لوحظ على استعمال هذا التعبير في هذا الموضوع أن التمييز بين التصرف المجرد والتصرف المقيّد *acte concret* إنما محله التصرفات التي تتضمن مقابلا أو عبارة أخرى التي يكون موضوعها حقا عينيا أو التزاما وليست كذلك الانابة التي تقتصر على اصباغ صفة النيابة عن شخص معين على شخص آخر ، فيكون من الأصوب أن يدور التساؤل عن كونها تصرفا تابعا *acte accessoire* أو تصرفا مستقلا *acte indépendant* لا عن كونها تصرفا مجردا أو تصرفا مقيّدا (٢) وذلك لبعد الانابة بطبيعتها عن الدخول في نطاق نظرية التصرف المجرد بالمعنى الفني الصحيح (٣) .

٨٣ - وإذا أعدنا النظر في فكرة استقلال الانابة عن التصرف

= (أ) و (ب) أية رابطة قانونية مباشرة فالانابة في هذه الصورة لا تتركز الى أي علة سابق بين النائب والاصليل .

(١) فون تومر للموضع السابق وانظر بوبسكو دامنيساتو ص ٤٢٧ .

(٢) بوبسكو دامنيساتو للموضع السابق .

(٣) اذا اتينا الصيغة التي اختارها للكرة التصرف المجرد المرحوم الدكتور أبو عافية في رسالته (محمود أبو عافية : التصرف القانوني للمجرد - مصر سنة ١٩٤٨) وهي الصيغة المبينة على تعريف التصرف المجرد ، بأنه التصرف القانوني الذي تتوقف صحته على التعبير عن الإرادة بغض النظر عن الإرادة الحقيقية (المرجع السابق ص ٢٧٢ بند ٨٠) وجدنا أن الانابة تخرج من نطاق نظرية التصرف المجرد طبقا لهذه الصيغة لأن صحة الانابة لا تتوقف على مجرد التعبير عن الإرادة بصرف النظر عن الإرادة الحقيقية بل أن سلامة هذا التعبير لازمة وما قد يشوبه من أسباب البطلان يؤدي حتما الى بطلان الانابة وقد أشار الى ذلك الأستاذ سال *Satellites* في تعليقه على المواد ١٧٠ - ١٧٢ من القانون المدني الألماني إذ قرر أن أحكام تلك المواد الرامية الى حماية الغير لا تنصب الا على حالة امتداد الوكالة التي هي السبب السابق على الانابة ولا تطبق لها في الفرض الذي تكون فيه الانابة نفسها باعتبارها تصرفا قانونيا مستقلا - بالكلية أو قابلية للبطلان (الترجمة الرسمية للقانون المدني الألماني ج١ ص ٢١٦) . وقد يمكن اعتبار الانابة تصرفا مجردا طبقا لهذه الصيغة - في بعض حالات النيابة الظاهرة ولك متى كان مصدر الانابة نفسه عن الإرادة منصوبا الى الاصليل وتوفرت شروط انطباق مبدأ النيابة الظاهرة (انظر الفصل الثالث من هذا الباب) .

القانوني الذي صدرت ارتكازا اليه أمكن أن نقول أن ذلك الاستقلال يتجلى من نواح ثلاث : في اختلاف التعبير عن الإرادة المنشئ لكل من التصرفين وفي اختلاف موضوع كل منهما ثم في اختلاف الأثر القانوني لكل منهما •

١ - فمن حيث التعبير عن الإرادة المنشئ لكل من الأمانة والتصرف القانوني الذي تستند اليه من وكالة أو غيرها ، نجد أنه رغم تلازم هذين التصرفين غالبا في العمل يمكن - بل ينبغي - التمييز بين التصرف المرتبط بالأمانة والذي غالبا ما يكون عقد وكالة أو تصرفا ناشئا عن تلاقى ارادتي طرفيه وبين الأمانة بوصفها تصرفا ناشئا عن إرادة الأصل مرماء اعطاء النائب مكنة اجراء تصرف قانوني مع الغير تصرف آثاره مباشرة الى الأصل •

وقد رأينا مصداقا لهذا التمييز أن الأمانة قد تكون موجهة من الأصل الى الغير وهو ما يسمى بالأمانة الخارجية وفيها يتجلى اختلاف التعبير عن الإرادة المنشئ للأمانة عن التعبير المنشئ للتصرف المرتبطة به الأمانة فالأول يوجه للغير دون النائب بينما الثاني يشترك فيه النائب والأصل فيبرم التصرف بتلاقى ارادتهما •

٢ - ومن حيث اختلاف موضوعي التصرفين نجد أن التصرف الذي تستند اليه الأمانة من وكالة أو عقد عمل أو غير ذلك انما يتضمن موضوعا ماديا معيناً يؤثر في ذمة الأصل بالإضافة أو النقص أو التعديل - كأن يكون موضوع الوكالة شراء مال معين لحساب الموكل أو التمسك بالتزام معين تتحمله ذمته أو ما الى ذلك • أما موضوع الأمانة باعتبارها تصرفا قانونيا متميزا فهو موضوع قانوني محض (غير مادي) لا يرمى الا الى صرف آثار تصرف النائب مع الغير الى الأصل وعليه مباشرة وهو أثر قانوني مجرد ليس له جسم مادي - إن

صح التعبير - بخلاف موضوع العقد المرتبطة به الاثابة • ويمكن
بعبارة أخرى القول بأن موضوع العقد المرتبطة به الاثابة هو ترتيب
التزامات وحقوق معينة بينما موضوع الاثابة ليس الا نتيجة قانونية
صرفة هي ارجاع آثار تصرف النائب مع الغير - أيا كانت تلك الآثار -
الى الأصليل مباشرة الأمر الذي لا يخرج عن كونه حالة قانونية جديدة
يحدد مضمونها المادى تصرف آخر •

٣ - وأخيرا فمن حيث اختلاف آثار كل من التصرفين نجد أن
العقد الذى تستند اليه الاثابة يربط طرفيه النائب والأصليل اذ يحدث
آثاره فى ذمة كل منهما بينما الاثابة يمتد أثرها الى الغير الذى سيتعامل
مع النائب اذ يترتب عليها ربط هذا الغير بالأصليل بعلاقة مباشرة وعلى
هذا يصح القول بأن الاثابة تصيب بآثارها ثلاثة أطراف : الأصليل
اذ توقع فى ذمته مباشرة آثار التصرف الذى يجريه نائبه مع الغير ،
والنائب اذ تخوله مكنة اجراء تصرف تنصرف آثاره الى الغير ، والغير
اذ تربطه بالأصليل بعلاقة مباشرة نتيجة لتصرف نائبه •

٨٤ - الآن وقد عرفنا كيف تنشأ النيابة بتعبير عن ارادة
الأصليل ثم ميزنا موضوعيا بين الاثابة وبين العقد الذى ترتبط به
يستحسن استكمالا للبحث فى نشأة النيابة أن نتناول الاثابة من حيث
الشكل لمعرفة الأحكام التى تنظم نشأتها من هذه الوجهة •

واذ كانت الاثابة تميرا عن ارادة الأصليل فمقتضى قاعدة الرضاية
ألا تخضع لأى شكل كان - اللهم الا من حيث الاثبات - وعلى
ذلك فيصح أن تكون الاثابة شقوية بل قد يصح أن تكون ضمنية
كما أنها قد تكون كتابية أو رسمية دون وجوب فى هذا أو ذاك •

على أنه يحدث أن يكون موضوع الاثابة تخويل النائب مكنة
أبرام تصرف يشترط فيه القانون شكلا معينا فما هو الحكم فى هذه

الحالة بالنسبة لشكل الانابة وهل تبقى مطلقة من الأشكال أم ينبغي ابراعها في الشكل الواجب للتصرف الذي سيقوم به النائب ؟

والاجابة على هذا التساؤل تثير بحثا هاما تدخل فيه اعتبارات نظرية وعملية نوجز الكلام عنها فيما يلي :

نظرية النيابة في القانون الحديث كما عرضناها في القسم الأول من هذا الكتاب تقوم على اعتبار ارادة النائب وحدها في التصرف الذي يجريه باسم الأصل ولحسابه بمعنى أن ذلك التصرف انما ينعقد بإرادة النائب - اما منفردة اذا كان التصرف مما ينعقد بإرادة منفردة واما بتلاقيها مع ارادة الغير في المقود - ومتى كانت ارادة النائب هي التي يقوم عليها التصرف فان شروط هذا التصرف الشكلية تتوافر متى اتخذت تلك الارادة (ارادة النائب) الشكل الذي يتطلبه انقانون للتصرف وذلك بلا نظر الى ارادة الأصل •

واذن فمقتضى الاستقلال التام بين العلاقة الداخلية التي تربط النائب بالأصل وبين التصرف الذي يبرمه النائب (ذلك الاستقلال الذي تقوم عليه نظرية النيابة الحديثة) - مقتضى ذلك عدم تبعية أحد التصرفين للآخر من حيث الشكل وبعبارة أخرى مقتضاء اطلاق الانابة من الشكل المشروط في القانون للتصرف الذي سيجريه النائب تبعا لكون ارادة الأصل المتجلية في الانابة غير ذات شأن في التصرف المخول للنائب في اجرائه •

وقد ساير القانون المدني الألماني هذا النظر فجاءت المادة ١٦٧ منه في فقرتها الأخيرة تقرر أن الانابة التي موضوعها القيام بتصرف يخضع لشكل معين ليست خاضعة للشكل المشروط لذلك التصرف (١) •

(١) انظر تعليق سال Saleilles على هذه المادة في الترجمة الرسمية للقانون المدني الألماني ج ١ ص ٢١٧ •

واذن فللتأيب في القانون الألماني أن يقوم باسم الأصيل يتصرف
يشترط فيه القانون الشكل الرسمي كهبة أو كرهن رسمي ، وذلك من
غير أن تكون الاثابة التي تصرف بمقتضاها صادرة في الشكل
الرسمي (١) .

وكذلك الأمر في القانون السويسري حيث استقر قضاء المحكمة
الفدرالية على الاطلاق الاثابة من الأشكال ولو كان التصرف المناوب فيه
مما يلزمه الشكل الرسمي (٢) .

كما أن جانباً هاماً من الفقه الايطالي يأخذ بهذه القاعدة تمثيلاً
مع منطق النظرية الحديثة في التباية على ما قدمناه (٣) . على أن
القانون المدني الايطالي الصادر في سنة ١٩٤٢ لم يساير هؤلاء الفقهاء
اذ جاءت المادة ١٣٩٢ منه تقرر أن « الاثابة لا أثر لها ما لم تصدر في
الشكل المقرر للعقد الذي يجب أن يبرمه التأيب » .

وقد نفا القانون المدني المصري هذا المنحى فنص في باب
الوكالة (المادة ٧٠٠) على أنه « يجب ان يتوافر في الوكالة الشكل
الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم
يوجد نص يقضي بغير ذلك » .

(١) ساهرت مجلة الالتزامات والعقود التونسية - من بين قوانين الدول العربية -
هذا النظر اذ ينص الفصل (المادة) ١١١٣ منها على أنه « يجوز التوكيل بصيغة غير
الصيغة الواجبة قانوناً في العقد المتصور من التوكيل » .

(٢) انظر جومل Gubli : « قانون الالتزامات الفدرالي » ، ترجمة رينيه دي جوت ،
زيورخ سنة ١٩٤٧ ص ١١٠ والأحكام للشار إليها . وانظر أيضاً قانون تومي ص ٢٨٦
وبلجساي ص ٣٧ - ٣٨ والأحكام السويسرية التي أوردها .

(٣) انظر كيروني وأبللو ص ٤١٥ - ٤١٦ .

Chironi e Abello : « Trattato di diritto civile italiano », vol. I, Torino, 1904.
pp. 415-416.

وهذه تقابلها في القانون المدني السوري المادة ٦٦٦ وفي القانون المدني الليبي المادة ٧٠٠ وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني المادة ٧٧٥ وفي القانون المدني الجزائري المادة ٥٧٢ وحكم هذه المواد مطابق لحكم المادة ٧٠٠ من القانون المدني المصري .

كما أن مشروع الالتزامات الفرنسي الايطالي يحوى نفس الحكم في المادة ٣٣ منه وكذلك القانون المدني الفرنسي في مواد متفرقة خاصة بالتوكيل في حالات معينة ، وقضاء محكمة النقض الفرنسية مستقر على مبدأ تبعية شكل الانابة لشكل التصرف الذي سيجريه النائب فيجب أن تكون رسمية ان وجب أن يكون ذلك التصرف رسميا (١) .

وهذه القاعدة موجودة كذلك في القانون الانجليزي حيث يجب أن يكون النائب في ابرام عقد رسمى حاملا لانابة مفرغة هي الأخرى في الشكل الرسمي (٢) . كما أن هذا هو أيضا الحكم في القانون الأمريكى (٣) .

٨٥ - والواقع أن حكم القانون الألماني ومجلة الالتزامات والعقود التونسية وان اتفق مع المنطق النظري للنيابة في القانون الحديث فإن التشريعات اللاتينية ومائحا نحوها قد تكون مدفوعة فيما

(١) انظر دواست في دوسس الدكتوراه سنة ١٩٤٧/١٩٤٨ - ١٣٣ - والأحكام المشار اليها فيه .

(٢) بوسيتيد جى ٤٠ وبولوك في العقود ٧٦ وستولجر ص ٩١ و ٢٨٤ .

(٣) Reetatement 2nd, Agency, Section 28. Mechem, Sections 24-27.

وانظر كويولا بند ٩ حيث يسرد أحكاما من شكل الانابة ينفردها القانون الأمريكى مثل اشتراط الكتابة في الإنابة التي تزيد مدة صلاحيتها عن سنة لكن المؤلف يشير الى أن الانابة في تصرف يشترط فيه القانون لكافة لا يلزم أن تكون مكتوبة .

وانظر في تفصيل القواعد التي تحكم شكل الانابة في القانون الأمريكى . Corpus Juris Secundum, vol. 2A, Sections 42-47 ; Ferson, Sections 15 and 142

قررت بضرورات عملية مرددا الى حكمة اشتراط الرسمية في بعض التصرفات .

ذلك أن المشرع يرمى - أكثر ما يرمى - من اشتراط الرسمية في التصرفات الى حماية المتصرف عن طريق تنبيهه الى خطورة التصرف الذي هو مقدم عليه حتى لا يقوم به الا بعد تدبر وروية . فان جاز أن تكون الانابة في مثل هذا التصرف غير رسمية اتفقت تلك الحماية التي قصد بها الشارع بواسطة الشكل الرسمي وعن طريق تدخل الموظف العمومي في توثيق التصرف .

واذن فقد هدف قانوننا المدني - مسائرا في ذلك التشريعات اللاتينية - الى توفير هذه الحماية للمتصرف سواء كان يتصرف بنفسه أو بطريق النيابة وذلك باشتراط أن تكون الانابة مستوفية للشكل الذي يشترطه القانون للتصرف الذي يجريه النائب .

على أن من التصرفات ما ليست لاشتراط الرسمية فيه تلك الحكمة المشار اليها وانما تشترط فيها الرسمية لغرض آخر متصل بحماية الغير أو بضمان قدر من الجدية في التصرف أو بمصلحة عامة يرى المشرع أنها تستوجب الشكل الرسمي .

فمن ذلك ما كانت تنص عليه المادة ١٩١ من القانون المدني المصري القديم من اشتراط الرسمية لامكان نقل تأمينات الدين القديم الى الدين الجديد في استبدال الدين ، فالرسمية هنا لا يقصد بها الا ضمان قدر من الجدية والعناية لحماية الغير وهو ما يتضح من نص المادة على أن الاتفاق « لا ينفذ على غير المتعاقدين الا اذا كان حاصلًا مع الاستبدال في آن واحد بوثيقة رسمية » .

ومثل ذلك في القانون الفرنسي الطول باتفاق المدين مع المقرض فقد نصت المادة ١٢٥ مدني فرنسي على اشتراط الشكل الرسمي في

مثل هذا الاتفاق وذلك حماية للدائنين وتحزرا من أن يكون القصد من مثل هذا الحلول الأضرار بمصالحهم ، وعلى ذلك فالإثابة في الاقتراض مع إحلال المقرض في تأمينات الدين المراد وفاؤه بمبلغ المقرض - هذه الإثابة لا تخضع لشكل معين رغم كون التصرف الذى سيقوم به النائب مما يشترط فيه القانون الشكل الرسمى (١) •

ومن ذلك أيضا في القانون المصرى بيع السفن فانه لا يصح الا أن يكون بورقة رسمية (م ٣ من القانون التجارى البحرى) وليست حكمة اشتراط الرسمية هنا حماية المتصرف أو تنبيهه الى خطورة التصرف لأن بيع السفن ليس أخطر شأنا من بيع العقارات ، وانما حكمة اشتراط الرسمية هنا هى رعاية المصلحة العامة التى تقتضى ضبط تداول السفن التى ترفع علم البلاد وتتطلب ألا يكون انتقال ملكيتها الا على يد موظف رسمى يتولى توثيق التصرف ، فالإثابة في بيع سفينة يصح انذ في رأينا أن تكون في غير الشكل الرسمى رغم أن عقد البيع نفسه ينبغى أن يفرغ في ذلك الشكل •

وكذلك الشأن في الإثابة في محو قيد الرهن الرسمى فالمادة ٤٥ من قانون الشهر العقارى تشترط أن يكون المحرر الذى يثبت فيه رضاء المرتهن بمحو القيد مفرغا في الشكل الرسمى ، ولم يعد هذا النص انتقادا في الفقه مرجعه الى أن الرسمية مشروطة في الرهن لحماية الراهن لا المرتهن فلا محل لاشتراط الرسمية في محو قيد الرهن برضاء الدائن المرتهن بينما أن التنازل عن الدين ذاته المضبوط بالرهن لا تشترط فيه الرسمية وهو أخطر شأنا من مجرد محو قيد الرهن الذى يقتصر

(١) أنظر حكم النقض الرقمى • أغسطس سنة ١٨٩١ - دالوز ٢١٧/١/١٨٩٢ - وانظر كذلك روايت ص ١٣٣ •

أثره على التنازل عن مرتبة الرهن (١) ومهما يكن من أمر حكمة اشتراط الرسمية في المادة ٤٥ من قانون الشهر العقاري لمحو القيد فلا جدال في أن الرسمية هنا ليست مشروطة لحماية المتصرف ومن ثم يصح أن تكون الانابة التي يصدرها الدائن المرتهن الى الغير في محو القيد غير مفرغة في الشكل الرسمي وإن كان مقتضى صراحة النص أن وضاء النائب بمحو القيد يجب أن يكون ثابتا بورقة رسمية .

وهذا الرأي يتمشى مع منطق النيابة في القانون الحديث ولا يخرج فيما نرى عن حكمة المادة ٧٠٠ تلك الحكمة التي يصح أن تستفاد من اقتصار المذكرة الايضاحية على ضرب المثل بالرهن والهبة وهما تصرفان حكمة الرسمية فيها حماية المتصرف (٢) .

وجملة القول في شكل الانابة أن الأصل فيه عدم ارتباطه بشكل التصرف المطلوب قيام النائب به وذلك كنتيجة منطقية لاستقلال التصرفين طبقا لنظرية النيابة الا في حالة واحدة هي أن يكون اشتراط الشكل الرسمي في التصرف الذي سيجريه النائب مقصودا به حماية

(١) عبد الفتاح عبد الباقي : التامينات الشخصية والعينية - الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ بند ٢٦٧ ص ٣٨٥ حاشية ١ .

(٢) أنظر محمد كامل مرسى : شرح القانون المدني الجديد في العقود المسماة بند ١٦٦ ص ١٢٥ ، ومحمد علي عمره : شرح القانون المدني الجديد في التأمين والوكالة . . الخ ص ٢٨٠ - ٢٨١ ، حيث تجد تفرقة بين الشكل الرسمي المشروط لمصلحة المتصرف والشكل الرسمي المشروط لمصلحة الغير بحيث تكون الرسمية مطلوبة في التوكيل بصرف من النوع الاول فقط دون التوكيل بصرف من النوع الثاني ، وعلى ذلك فانه « في حالة ما اذا كانت الرسمية مشترطة لحماية الغير فان التوكيل بإجراء مثل هذا التصرف يصح أن يكون بورقة عريية أو حتى مشافهة » (عرفة : الموضوع المذكور) . ويلاحظ أن التوكيل الشفوي في مثل هذه الصورة تترضه عقبة تتعلق باتباته امام الوقت الذي يتولى توثيق التصرف الرسمي للنائب فيه .

ونظر مع ذلك السنهوري في « الوسيط » ج٧ للمجلد الاول بند ٢٢٣ حاشية ص ٤٠٤ حيث يرى أن اطلاق نص للمادة ٧٠٠ مؤداه افراغ الوكالة في الشكل الواجب توافره في التصرف الموكل فيه دون تفرقة بالنسبة لحكمة اشتراط ذلك الشكل في التصرف المذكور .

التصرف وتنبيهه الى خطورة التصرف فهنا ينبغي - تحقيقا لمقصد
المشرع - أن تكون الانابة في مثل هذا التصرف مفرغة هي الاخرى
في الشكل الرسمي .

٨٦ - ونختتم هذا البحث بملاحظة يوحىها نص المادة ٧٠٠ من
قانوننا المدني والمواد المطابقة لها في القوانين العربية الأخرى وموضعها
من القانون بالمقارنة للمواد المقابلة لها في التقنينات الأخرى كالقانون
الاطالى ومشروع الالتزامات الفرنسى - الايطالى .

ذلك أن المادة ٧٠٠ تتكلم عن الوكالة كما أنها واردة في القانون
في باب عقد الوكالة بينما المادة ١٣٩٢ من القانون الايطالى مثلاً
تتكلم عن الانابة procura كما أنها واردة في باب النيابة بوجه عام ،
وكذلك الحال في المادة ٣٣ من مشروع الالتزامات الفرنسى - الايطالى
سواء من حيث الصياغة أو الوضع .

وعلى ضوء قاعدة استقلال الانابة عن العقد الذى ترتبط به
- على ما سبق بيانه - يصح أن تساءل عما اذا كان لصياغة المادة
٧٠٠ ووضعها من المجموعة مدلول بالنظر الى القاعدة المشار اليها .

ذلك أن الانابة متى كانت متميزة عن عقد الوكالة التى تصدر
بمناسبه وغير متلازمة حتما واياه ، ومتى صح أن توجد وكالة من
غير انابة كنما كان الوكيل يتصرف لحساب موكله من غير أن تنصرف
آثار تصرفه الى الموكل مباشرة فانه يصح أن يقال أن المادة ٧٠٠ تتناول
شكل عقد الوكالة دون شكل الانابة بالذات واذن فيتصور أن توجد
انابة في غير الشكل الرسمي تخون للنائب ابرام تصرف مما يشترط فيه
الرسمية ويتصرف اثره الى الأصيل مباشرة وذلك متى استوفى عقد
الوكالة الشكل الرسمي .

مثال ذلك : (أ) وكل (ب) في شراء سفينة دون أن تتضمن الوكالة اذابة - بمعنى أن (ب) يتصرف لحساب (أ) من غير أن ينسحب أثر تصرفه مع الغير الى (أ) رأسا - وكان عقد الوكالة مستوفيا الشكل الرسمي ، ثم صدرت من (أ) اذابة في غير الشكل الرسمي اما الى (ب) واما الى الغير (ج) الذي سيتعامل مع (ب) ، فعقد البيع الذي ينعقد بين (ب) و (ج) يكون حاصلًا بطريق النيابة وتنفرد آثاره الى (أ) مباشرة بمقتضى الاذابة غير الرسمية ولو أن العقد الذي عقد النائب مما يستلزم له القانون الشكل الرسمي .

وهكذا نرى أن صياغة المادة ٧٠٠ ووضعها من التقنين مما يمكن للقول بأن الشكل المشروط لتصرف النائب غير لازم للاذابة وانما هو لازم فقط لعقد الوكالة الذي يربط النائب بالأصيل فيصح في مثل المثال المتقدم أن يقع حكم النيابة بمقتضى اذابة غير رسمية متى كان عقد الوكالة ذاته حاصلًا في الشكل الرسمي .

ثم أن اقتصار المادة ٧٠٠ على الوكالة يؤدي الى ملاحظة أخرى مردها الى كون الاذابة غير مقتصرة على حالة الوكالة وانما هي قد تصدر بمناسبة علاقات قانونية أخرى كعقد العمل أو الشركة ، فالنائب الذي تكون علاقته الداخلية بالأصيل علاقة عمل مثلا يصح أن تكون اذابته في ابرام تصرف تلزمه الرسمية غير حاصلة في الشكل الرسمي وذلك تبعًا لاقتصار المادة ٧٠٠ على بيان الشكل اللازم للوكالة دون الاذابة ودون ما عدا الوكالة من العلاقات الداخلية بين النائب والأصيل (١) .

(١) قد يفهم البعض لعل هذه الحالة تفسيرا مؤداه أن عقد العمل هنا يتضمن في الرقعة نفسه وكالة غير أن مثل هذا التفسير لا يقترب كثيرا من الواقع لأن علاقة الطرفين هي علاقة عمل والتزامتهما المتبادلة وليدة عقد العمل لا عقد الوكالة المفترض ، هذا الى أن هذا التفسير لا حاجة الى اللجوء اليه مع وجود الاذابة كنظام متميز باعتبارها ارادة صادرة من رامية الى صرف آثار تصرف النائب الى صاحب تلك الارادة .

والخلاصة أن المشرع اذا كان قد قصد أن ينظم بنص المادة ٧٠٠ من القانون المدني المصري والمواد المطابقة لها في القوانين العربية الأخرى شكل الاثابة بوجه عام ، لكان الأقرب الى قصده أن تعدل صياغة المادة تبعا لذلك وتوضع في موضعها مع مواد النيابة (١٠٤ وما بعدها) وهو المشاهد في سائر التقنيات التي أرادت أن تنظم شكل الاثابة كالقانون الألماني (المادة رقم ١٦٧) والقانون الايطالي (المادة ١٣٩٢) ومشروع الالتزامات الفرنسي - الايطالي (م ٣٣) •

٨٧ - قدمنا أن الاثابة بوصفها عملا صادرا عن ارادة الأصل وراميا الى تخويل النائب القيام بتصرف قانوني تعود آثاره على الأصل ، يتحقق كيانها بمجرد صدور تلك الارادة عن صاحبها • وتعبير الأصل عن ارادته في الاثابة كما يكون صريحا قد يكون ضمنيا متى سمحت بذلك طبيعة التصرفات المخول فيها الى النائب ، وليست الاثابة الضمنية في الحقيقة الا تطبيقا لمعوم نص المادة ٩٠ فقرة ٢ من القانون المدني المصري : « ويجوز أن يكون التعبير عن الارادة ضمنيا اذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا » •

ولقد كان القانون المدني المصري القديم يحوى في باب الوكالة نصا على جواز قبول الوكالة ضمنيا هو نص المادة ٥١٢ « التوكيل عقد به يؤذن الوكيل بعمل شيء باسم الموكل وعلى ذمته ولا يتم العقد الا بقبول الوكيل وقد يتضح القبول من اجراء العمل الموكل فيه » وقد كان القضاء جاريا على سحب هذا الجواز على الاجاب بالوكالة أيضا دون قصره على قبولها (١) وطبيعى أن يكون حكم الاثابة من

(١) محكمة مصر الابتدائية في ٢٠ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١/٢٦٦/٦٠٢ • نص القانون المدني المصري في المادة ٥١٢ والقانون الفرنسي في المادة ١٩٨٥ على جواز « أن يكون قبول الوكالة ضمنيا ولم ينص على جواز أن تكون الوكالة نفسها ضمنية وقد « هذا ذلك بنص الشراح الى عدم قبولها غير أن أغلبهم يجيزها لأن الوكالة من عقود =

حيث جواز كونها ضمنية هو حكم الإيجاب بعقد الوكالة وخاصة اذا تذكرنا الخلط الذي كان - ولا يزال - شائعا بين الانابة وبين عقد الوكالة . والقانون الحالي وان خلا من نص مقابل للمادة ٥١٢ من القانون المدني القديم في باب الوكالة الا أن في عموم نص المادة ٩٠ (التي لم يكن لها مقابل في التقنين القديم) ما يفنى عن مقابل لخصوص حكم المادة ٥١٢ من القانون القديم .

والانابة الضمنية ليست قليلة الوقوع في العمل (١) ، ومن صورها الذائعة التي تستحق الوقوف عندها نيابة الزوجة عن زوجها في التصرفات المتصلة بجوانح منزل الزوجية .

فالمشاهد في الحياة العملية ، أن الزوجة هي التي تقوم بكافة التصرفات ذات الصلة بالمنزل وخاصة شراء جميع ما يلزم للمنزل وللعائلة من مأكول وملبس وما الى ذلك ، غير أن الزوج بوصفه رب العائلة هو المكلف بالاتفاق ولحسابه هو في الواقع تجري الزوجة جميع ما تجريه من التصرفات .

لهذا فقد جرى القضاء من زمن بعيد - في فرنسا وفي مصر - على

= التراضي ومتى تم الرضا سواء أكان صريحا أم ضمنيا تم التعاقد والحكمة في النص على القبول الضمني ففقط أن المادة جرت على أن التوكيل يصدر من جانب الموكل أولا ولا يشمل عادة قبول الوكيل ومن ثم لا يكون في حد ذاته دليلا على انعقاد الوكالة . - ونفس المعنى مجلس نقابة المحامين الأهلين ٢٥ يوتيو سنة ١٩٤١ المحاماة ١١٣١/٤٦٩/٢١ .

(١) انظر Lazerges, Les mandats tacites, Rev. Trim., 1975, pp. 222-247.

وعنوان هذا البحث « الوكالات الضمنية » يسبقه الجمع يشك عن فكرته الاسمية وهي أن الأوضاع التي تندرجها تطبيقات القضاء وشروح الفقه وبعض النصوص التشريعية تحت عنوان الوكالة الضمنية ليست كلها من نوع واحد فمنها ما هو عقد وكالة بمعنى الكلمة انمقد بإيجاب وقبول ضمنيين ومنها ما هو عقد مفترض أو يتصير الكتابة - «وكالة ضمنية على حدود الإجازة التفاضلية» ومنها ما هو قاعدة عرفية لا داعي منها للبحث عن وجود عقد حقيقي أو مفترض ومنها أخيرا ما هو افتراض محض أو حيلة قانونية . ويلاحظ على هذا البحث أن الكتابة نظرت الى الموضوع من زاوية عقد الوكالة فقط ولم تلتفت كثيرا لتكررة النيابة المتميزة عن الوكالة ولو كانت قد فلتت لكان من المحتمل أن تنتهي الى نتائج أكثر وضوحا مستندة الى حجج أكثر انشاعا .

اعتبار الزوجة في اجرائها ما يتصل بمنزل الزوجية من تصرفات (وخاصة شراء جميع حوائج المنزل) نائبة عن زوجها نيابة ضمنية وذلك يكون للغير المتعامل مع الزوجة أن يرجع على الزوج - بوصفه الأصيل في التصرف - ويلزمه بتنفيذ ما ينتج عن تصرف الزوجة من آثار وخاصة دفع ثمن المشتريات (١) .

والأساس القانوني الذي يرسى عليه القضاء الزم الزوج بتصرفات الزوجة في هذه الصور هو الانابة الضمنية الصادرة منه اليها اذ نجد الأحكام القضائية تشير الى أن للزوجة دائما صفة النيابة عن الزوج بناء على وكالة ضمنية (٢) والى أنه يفترض في الزوج أنه أعطى زوجته وكالة ضمنية في كل ما يلزم المنزل (٣) . وهكذا فإن النيابة تقوم في نظر القضاء على انابة ضمنية صادرة من الزوج الى زوجته .

٨٨ - على أن مدى تلك الانابة يتحدد دائما بضرورات المنزل ولوازم العائلة فاذا تصرفت الزوجة تصرفا خارج هذا النطاق كأن وقعت عن زوجها كميالة أو قامت بعمليات في البورصة (٤) فلا يكون تصرفها ملزما للزوج لخروجه عن حدود الانابة الضمنية .

وبلاحظ أن بعض الأحكام القضائية وان أسس لزوم آثار التصرف للزوج على أساس الانابة الضمنية الا أنه لم يرتب على تلك الانابة آثارها الواجبة الا وهي رجوع آثار التصرف الى الأصيل فقط دون النائب اذ نجد من الأحكام ما جعل الزوجين مسؤولين عن

-
- (١) نقض فرنسي (مدني) أول يوليو سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعي ٣٩٧/١٩٢٩ -
 ونقض فرنسي (مدني) ٢٩ يناير ١٩٣٠ دالوز الأسبوعي ١٦١/١٩٣٠ .
 واستئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٢٥ - البلتان ٢٩٣/٤٧ .
 (٢) نقض فرنسي (مدني) ١٩٢٩/٦/١ مشار اليه اعلاه .
 (٣) استئناف مختلط ١٩٢٥/٥/٢ - البلتان ٣٩٣/٤٧ .
 (٤) نقض فرنسي (عراقض) ٣٠ مايو سنة ١٩٣٢ سيرييه ٢١٧/١/١٩٣٢ .

أنار تصرف الزوجة مسئولية تضامنية (١) على أن الاتجاه المستقر متفق مع قواعد النيابة الصحيحة التي مؤداها الزام الأصل بأثار تصرف نائبه دون أن يكون لذلك النائب - الذي تولي وحده اجراء التصرف - أى شأن بأثار ذلك التصرف (٢) .

(١) حكم الاستئناف المختلط ٢ مايو سنة ١٩٣٥ سالف الذكر وفي نظرنا أن المحكمة قد انحازت التوفيق في هذا الحكم الذي لا يتفق مع قواعد النيابة التي لا تجعل للنائب أى شأن في أثار التصرف كما أن الحكم المذكور قد أوجد تضامنا لم ينص عليه القانون ولا هو ناشئ عن اتفاق الطرفين . ولعل هذا الحكم لا يمثل الاتجاه السائد إذ نجد سائر الأحكام مجمعة على الزام الزوج فقط باعتباره الأصل . أنظر مثلا حكم الاستئناف المختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٤ البلتان ١٥/٤٦ . وانظر حيثيات حكم النقض الفرنسي المشار اليه آنفا في حاشية البند السابق :

« le juge de paix a condamné à bon droit Vigneron (le mari) seul au paiement de la somme réclamée par Petit et à mis la D^e. Vig. en état hors de cause comme ayant agi dans les limites rationnelles du mandat tacite émanant de son mari ». Cass. Civ., 1er juin 1929, D.H. 1929-397.

على أن الزام الزوجين بالتضامن لم يعلم انصارا ينظرون الى المسألة نظرة عملية من وجهة زيادة الاتمان العائلي دون اعتبار لنطاق نظام النيابة : رواست في الجزء المسمى من موسوعة بلانيول وريبير طبعة سنة ١٩٥٢ ص ٣٢٨ . وأنظر حكم استئناف اسكندرية في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٩ المشار اليه في ما يلى حاشية بند ٩٠ فقد قضى بالزام الزوجين متضامين وقد نظمت محكمة النقض ذلك الحكم ولكن لفهم هذا السبب كما سنرى .

هذا وقد قرر القانون المدني السويسري (المادة ٢١٠ فقرة ٢) مسئولية الزوجة بصفة احتياطية عن تصرفاتها لحساب الزوج فيما يتصل بحاجيات المنزل ، وهذه المسئولية لا تستند الا الى هذا النص التشريعي الصريح الذي لولاه لم تكن لتوجد ثمة لمقتضى النيابة . أنظر فون تومر ص ٣١٩ حيث يعتبر هذا النص استثناء من احكام النيابة .

(٢) نقض فرنسي ٢٧ يناير سنة ١٩٢٩ - دالوز الأسبوعي ١٩٢٩/١٩٩ : « اذا كان الأصل ان المريض الذي يكون محلا لرعاية أحد الأطباء يعتبر مسئولاً شخصياً عن دفع مقابل تلك الرعاية الا أن الأمر يختلف بالنسبة للمرأة المتزوجة المتشركة الاموال ، فالصاريف الطبية تدخل ضمن النفقات المنصرفة لصالح المنزل وبالتالي تقع في الزوجية . وحتى مع التسليم بأن الزوجة هي التي استعملت باستدعاء الطبيب وتسببت بذلك في المعروفات اللازمة لمكافاته فينبغي أن تعتبر الزوجة قد تصرفت بمقتضى وكالة ضمنية مطاة لها من زوجها . وإذن فهذا الدين لا يقبل أن تطالب الزوجة بسداده ولا يجوز التنفيذ به على أموالها الخاصة » .

Si, en principe, le malade qui reçoit les soins d'un médecin, est personnellement tenu d'en acquitter le prix, il en est autrement de la femme mariée, commune en biens.

Les frais médicaux rentrent dans les dépenses engagées dans l'intérêt et pour l'entretien du ménage et, par suite, tombent dans la communauté.

٨٩ - هذا وأن القواعد التي قعدها القضاء الفرنسى بشأن نيابة الزوجة الضمنية قد تكرمت فى فرنسا بالقانون الصادر فى ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٤٢ خاصا بتعديل القانون المدنى فى مواد آثار الزواج اذ نصت المادة ٢٢٠ من القانون المدنى (معدلة بالقانون المذكور) على أن « للزوجة فى جميع نظم الزواج صفة النيابة عن زوجها فيما يختص بحاجيات المنزل ولها أن تستعمل لهذا الغرض »
 « الأموال التي يضعها الزوج فى يديها » .

وقد عدلت المادة ٢٢٠ من القانون المدنى الفرنسى فيما بعد مرة أخرى بالقانون رقم ٥٧٠ لسنة ١٩٦٥ الصادر فى ١٣ يوليو ١٩٦٥ فأصبح نصها كالآتى :

« لكل من الزوجين أن يبرم وحده العقود التي يكون الغرض منها الاتفاق على منزل الزوجية أو تربية الأولاد وكل التزام مترتب على عقد من هذا القبيل يبرمه أحد الزوجين يلتزم به الآخر على وجه التضامن بينهما » .

ويلاحظ على هذا النص أن النيابة لم تعد بمقتضاء للزوجة فقط عن زوجها وانما هى لكل من الزوجين عن الآخر ، كما يلاحظ أن النص لا يستعمل تعبير « النيابة » وينص صراحة على تضامن بين الزوجين لم يكن ليترب لولا النص عليه اذ لا مكان فى آثار النيابة لتضامن بين الأصيل والنائب فى الالتزام بما يبرمه النائب من عقود .

وهكذا فإن نيابة الزوجة عن زوجها فى فرنسا منذ صدور قانون

En admettant même que la femme ait elle-même pris l'initiative de solliciter les soins et d'engager ainsi la dépense relative à leur rémunération, elle doit être réputée avoir agi en vertu d'un mandat tacite, à elle donné par son mari .

Par suite, le paiement de cette dette ne peut être poursuivi ni contre elle, ni sur ses biens personnels.

Cassation 27 Janvier 1939. D.H. 1939-199.

سنة ١٩٤٢ صارت تقوم على أساس تشريعى اذ أصبحت نيابة قانونية لا حاجة معها الى تلمس الانابة الضمنية الصادرة من الزوج . على أن نص المادة ٢٢٠ المعدلة بالقانون المذكور كان يعطى الزوج مكنة انهاء هذه النيابة عن طريق اخطار الغير برغبته هذه وهو عين ما كانت المحاكم الفرنسية تسير عليه في ظل فكرة الانابة الضمنية ، ولا جدال في أن اعطاء الزوج مكنة انهاء نيابة الزوجة لا ينسجم تماما مع اعتبار تلك النيابة صادرة عن القانون اذ أن تلك المكنة هي فكرة الانابة الضمنية أشبه (١) .

هذا وان قانون ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٤٢ لم يعدم في الفقه الفرنسى انتقادا مبناه تصريح ذلك القانون باتخاذ النيابة أساسا للترام الزوج آثار تصرف الزوجة فيما يتصل باحتياجات المنزل اذ يرى صاحب هذا الانتقاد أن المشرع ينبغى له ألا يدخل وضعا قانونيا لا يزال في دور التطور ضمن اطار فنى جامد هو في هذه الخصوصية اطار النيابة . ذلك، أن صنة نظام النيابة تستتبع حتما نتائج معينة قد لا يكون من المصلحة ايقاعها ، ومن تلك النتائج الحتمية الزام الزوج وحده - بوصفه الأصل - بآثار التصرف دون الزوجة التى تعتبر - بوصفها ثائية - بمنجاة عن تلك الآثار . ويشير المؤلف الى أن الأحكام القضائية الصادرة قبل قانون سنة ١٩٤٢ كان بعضها يلزم الزوجة والزوج معا بآثار التصرف وذلك حيطة لمصلحة الغير في بعض الأحوال كان تكون الزوجة موسرة والزوج معسرا كما أن البعض الآخر من

(١) في تفصيل ما تقدم ننظر موسوعة بلاتويل ديريير ج. ١ بند ٢٩٢ وما بعده من طبعة سنة ١٩٥٢ «Traité pratique» de Planiol et Ripert, tome II par André Rounast, No. 392 et s. 6d. 1952. على أن النص الحال للمادة ٢٢٠ مدنى فرنسى (بعد تعديلهما في سنة ١٩٦٥) خال من الإشارة الى انهاء صفة أى من الزوجين في الزام الزوج الآخر آثار ما يبرمه من عقود في نطاق حكم هذه المادة .

أحكام القضاء كان يلزم الزوج وحده دون الزوجة بآثار التصرف، وبذلك كنت المحاكم تصرف في واقعات الدعاوى بحرية تجعل قضاءها مرنا متمشيا مع مقتضيات الأحوال . أما وقد صرح المشرع في قانون ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٤٢ باتخاذ النيابة أداة فنية لتحصيل الزوج آثار تصرفات الزوجة فقد امتنعت على المحاكم تلك الحرية التي كان من شأنها عدم الزام المحاكم بترتيب نتائج حتمية معينة على تصرفات الزوجة ذلك أن قانون سنة ١٩٤٢ وقد حدد الأساس الفني لازام الزوج نتائج تصرف زوجته بأنه النيابة ، يستتبع بالضرورة انقضاء نتائج حتمية لا تنفك عن تلك الاداة الفنية التي اصطنعها المشرع ألا وهي النيابة (١) .

ويبدو أن المشرع الفرنسي قد اقتنع بوجاهة هذا الاعتقاد فقد رأينا أن النص الحالي للمادة ٢٢٠ - معدلة بقانون ١٣ يوليو ١٩٦٥ - يتحاشى استعمال لفظ النيابة كما أنه يقرر صراحة أن الزوجين متضامنان في الالتزام بآثار العقود التي يبرمها أى منهما في نطاق تلك المادة . على أن المشرع الفرنسي قد حدد من صرامة ذلك التضامن اذ نصت الفقرة الثانية والثالثة من المادة ٢٢٠ على أنه لا تضامن في النفقات التي يكون ظاهرا بالنظر الى أسلوب معيشة الزوجين أو الى عدم جدوى العملية أنها مغالى فيها ، كما أن لا تضامن متى كان الغير المتعاقد مع أحد الزوجين سىء النية ، كذلك لا تضامن في الالتزامات الناشئة عن عقود الشراء بالتقسيم ما لم يبرمها الزوجان معا .

(١) روجيه بيرو : « تأثير الصنعة في النظم القانونية على الغاية منها » باريس سنة ١٩٥٣ بند ٢٤ ص ٣٩-٤٢ ويشير المؤلف في حاشية ص ٣٩-٤٠ الى أحكام قضائية تناولت استعمال مصير « الوكالة والغبنية » بقصد عدم ترتيب النتائج التي تحتلها فكرة النيابة .

Perris, Roger : « De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques », Paris, 1953, No. 24, pp. 39-42.

٨٩ مكر - ومن الأحكام التي طبق فيها القضاء الفرنسي حكم المادة ٢٢٠ من القانون المدني الفرنسي حكم محكمة السين الابتدائية الصادر في ١٢ يونيو ١٩٦٣ (١) في قضية تلخص وقائعها في أن الملكة السابقة ناريمان اشترت في الفترة من ١٧ مايو إلى ١ يوليو ١٩٥٢ ملابس من محلات جان ديسيه للأزياء في باريس ولم تسدد ثمنها فرفعت المحلات المذكورة دعوى ضدها وضد زوجها في ذلك الحين الملك السابق فاروق فتمسك الأخير بأن القانون المصري - بوصفه اتفاقاً الذي يحكم علاقات الزوجين لكونه قانون جنسيتها - لا يحوى نصاً مثل نص المادة ٢٢٠ من القانون المدني الفرنسي ولا يعترف للزوجة بوكالة ضمنية عن زوجها في شراء حوائجها وحوائج منزل الزوجية فاطرحت المحكمة هذا الدفاع على أساس أن للشركة الفرنسية عذراً مقبولاً في الجهل بأحكام القانون الأجنبي (المصري) وأن القانون الفرنسي لذلك ينطبق على واقعة الدعوى التي حدثت في فرنسا (انظر ما يلي حاشية بند ٢٠٦) وأضافت المحكمة أن جميع القوانين الوطنية تلزم الزوج الاتفاق على زوجته وأن وكالة الزوجة الضمنية عن زوجها تستند الى ذلك الالتزام بالنفقة كما لاحظت المحكمة أن كمية الملابس المشتراة ونوعها مما يتفق ومركز الزوجة الاجتماعي وأخيراً أشارت المحكمة - تبريراً لاطمئنان الشركة المدعية الى أن الملك السابق فاروق يلتزم بإداء ثمن ما تشتريه زوجته - الى ما ثبت لديها من أنه في واقعة سابقة قامت الخاصة الملكية بسداد فاتورة عن ملابس أخرى كانت قد اشترتها الملكة السابقة ناريمان ، ولذلك اتهمت المحكمة الى الزام الملك السابق فاروق والسيدة ناريمان صادق بالتضامن بدفع ثمن المشتريات المتنازع عليه الى الشركة المدعية تطبيقاً لحكم المادة ٢٢٠ من القانون المدني الفرنسي .

(١) المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص ، سنة ١٩٦٤ ص ٦٨٩-٦٩١ .

٩٠ - وإذا كان هذا هو شأن نيابة الزوجة الضمنية عن زوجها فيما يتصل بحوائج المنزل فإن للمحاكم المصرية تطبيقات عديدة لنيابة الزوج الضمنية عن زوجته في إدارة املاكها وتصريف شئونها (١) والمحاكم المصرية متأثرة في هذا ولا شك بما جرت به العادة في مصر من تسليم الزوجة دفة أمورها الى الزوج الذي يدير ثروة زوجته بالنيابة عنها . هذا وقد صدر عن محكمة النقض حكم في ٦ مارس سنة ١٩٥٢ قرر أن مجرد قيام علاقة الزوجية لا ينهض دليلا على انابة الزوجة الضمنية لزوجها ما لم يتم من وقائع الدعوى ما يسوغ القول بوجود تلك الانابة (٢) .

(١) مثلا استئناف مصر ٢٢ مارس سنة ١٩٢٢ للحامدة ١٨٠/٧٧/١٢ . « متى ثبت أن الزوجة عاشرت زوجها مدة طويلة وعاشا معا ولم تعمل له تركيلا صريحا كناية بإدارة أموالها ولا يقبض ولا يصرف بل كان يجري الامر بينهما كما هو المعروف بين كل رجل وزوجته فيصبح وكيلها عنها بوكالة ضمنية أو عرقية مفوضة تفويضا عاما الى راية في كيفية استغلال أموالها وقبض ما يحل لها قبضه وصرفه » .

واستئناف الاسكندرية ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٩ - مجلة التشريع والقضاء ٦٧/٣٤/٢ : « وكالة الزوج عن زوجته هي - على حسب ما جرى به العرف مما يتحقق وجوده دفعا ويكفى في البتة مجرد قيام رابطة الزوجية - فاللائقوة الموقعة من الزوج تلزم بها الزوجة ولو لم يكن متصوفا فيها عل وكالة الزوج متى ثبت أن هذه اللائقوة كانت من أشياء لازمة للزوجة وأن المعاملة كانت على هذا الاعتبار » .

(٢) نقض ٦ مارس سنة ١٩٥٢ في الطعن رقم ٤٢ سنة ٢٠ ق للشور في مجموعة أحكام النقض المدنية - السنة الثالثة - المجلد الثاني رقم ١٠٣ ص ٦٠١ وما بعدها - وبهذا الحكم نقضت المحكمة حكم استئناف الاسكندرية المشار اليه في الحاشية السابقة - وقد قررت محكمة النقض في حكمها هذا أنه « حكم محكمة الاستئناف فيما حصله من أن تصرف للطعن عليه الثاني (الزوج) بالثراء كان بوصفه وكيلًا عن زوجته الطاعة وأن هذه الوكالة كانت وكالة ضمنية قد جاء قاصرا عن بيان الوقائع التي سوفت لديه القول بقيام هذه الوكالة وقت الشراء وبأن الزوج اذا اشترى الما تعاقد بالنيابة عن زوجته » ولا يفنى عن التحقق من كلا الأمرين مجرد ثبوت علاقة الزوجية اذ هي وحدها غير كافية في هذا الصدد كما لا يفنى عن ذلك ما قرره الحكم من قيام عرف على هذه الوكالة اذ ليس ثابتا وجود عرف مستقر في هذا الخصوص » .

ويمثل هذا الحكم اتجاها الى عدم الاكتفاء بمجرد قيام علاقة الزوجية للقول بوجود انابة ضمنية من الزوجة الى زوجها والى اشتراط قيام أدلة أخرى على وجود تلك الانابة تستخلص من وقائع الدعوى بالاضافة الى رابطة الزوجية . ولعل في هذا الحكم تصويرا لتطور الحالة الاجتماعية في مصر تطورا أدى الى تمتع المرأة بنصيب أكبر من الحرية في =

وأخيرا فإن استنتاج وجود النيابة الضمنية هو - كما قررت محكمة النقض (١) - مسألة موضوعية مرجعها الى كل حالة بطورها وملابساتها المتروكة لتقديرها لقاضي الموضوع بغير معقب طالما كان استدلاله على هذه النيابة الضمنية « استدلالا معقولا ومستخلفا من المستندات المقدمة في الدعوى وكذلك من ظروف الدعوى وكان هذا الاستدلال لا غبار عليه » .

٩١ - وقيام نيابة الزوج الضمنية عن زوجته على أساس من العرف والعادة - كما تقدم - وتغير الحكم فيها بتغير العرف في الزمان والمكان هو أمر مقرر كذلك في الشريعة الفراء ، وفي ذلك يقول التسولي في شرح العاصمية :

« والزوج كالوكيل عن زوجته فيما يليه من قبض ثمن ما باعته فيقتضى له بقبضه ممن هو عليه وان لم توكله عليه . . لأنه وكيل عنها بالعادة ولا مفهوم للقبض بل سائر التصرفات من البيع والشراء وغيرهما كذلك حيث كانت عادة البلد تصرف الأزواج لأزواجهم بذلك . ابن رشد : يحكم للزوج بحكم الوكيل فيما باع واشترى لامرأته وان لم تثبت وكالته للعرف الجارى من تصرف الأزواج لأزواجهم في أمورهم ا هـ . فان لم يكن عرفهم ذلك أو لا عرف أصلا كما عندنا اليوم أو كان بين الزوجين مشاوره فلها رد ذلك وتضمينه ان تلف المقبوض وهو الجارى على ما في نوازل الصنع والرهن من المعيار فيمن رهن او باع مال زوجته فانكرت الاذن له أتمها تحلف وترد ذلك » (٢) .

= ادارة أموالها ورعاية شؤونها به ان كانت كل أمورها الى عهد قريب بين يدي الزوج ينصرف فيها بما يراه كما كانت تفرد الأحكام القديمة التي سلفت الاشارة اليها وهو ما كان يتفق والواقع الاجتماعي في ذلك الحين .

(١) نقض ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ - المجموعة الرسمية ٩٦/٥٨/٤٣ - ونقض ٢ فبراير سنة ١٩٧١ - مجموعة المكتب الثاني - السنة ٢٢ رقم ٢٧ ص ١٥٥ .
(٢) ج ١ ص ٢٠٥ - وجدير بالملاحظة ان الشارح مقرئ من رجال القرن الثالث عشر اما ابن عاصم ناظم الاجرزة التي شرعها التسولي - ووردت فيها قاعدة كالة الزوج الضمنية مطلقة - فهو أندلسي من رجال القرن الثامن .

٩٢ - ولعل الرأي الأرجح في تأصيل نيابة الزوجة عن زوجها في شئون منزل الزوجية هو أن لا نرجعها الى اقامة ضمنية تلمس قرائن صدورها عن الزوج ونسندنا الى ارادته ، فالرجوع بكل حالة من حالات النيابة غير المقترنة بوكالة الى فكرة الاقامة الضمنية هو - كما سبق لنا القول - أثر من آثار الخلط القديم بين النيابة والوكالة فحيثما كان الفقه أو القضاء يواجهان وضعا تنفذ فيه تصرفات شخص في حق شخص آخر دون أن يربطهما عقد وكالة نراهما يتحرران وكالة ضمنية ينسبان اليها هذه النتيجة . أما وقد استقرت الآن فكرة استقلال النيابة عن الوكالة وارتفع بذلك هذا الخلط بينهما فلا محل للقول بوجود اقامة ضمنية في كل تطبيق من تطبيقات النيابة التي لا تكون مرتبطة بمقد وكالة بين النائب والأصيل .

ومن هذه التطبيقات التي نعنيها ، ما يرجع الى اقامة ناشئة عن وضع يشغله النائب بازاء الأصيل وهذا الوضع الذي يشغله النائب مصدره عمل ارادى من الأصيل يسند به الى النائب ذلك الوضع ، ثم يرتب القانون على شغل النائب لوضعه ذاك بالنسبة للأصيل أثرا هو النيابة عن ذلك الأصيل في تصرفات معينة ، فاسباغ صفة النيابة نتيجة يرتبها القانون على وضع انشأته للنائب ارادة الأصيل من غير أن يكون من المحتم أن تتجه تلك الارادة الى انشاء الاقامة ومن غير حاجة الى تلمس اقامة ضمنية نعزوها الى ارادة الأصيل فالاقامة هنا تنشأ بترتيب انشأته لها لا بقصد الأصيل الى انشاءها .

من أمثلة هذه الاقامة الناشئة عن وضع يشغله النائب :

١ - نيابة الزوجة عن زوجها في شئون منزل الزوجية - وان كانت أحكام القضاء تشير بشأنها في الغالب الى وكالة ضمنية الا أنها تؤسسها على العرف والعادة الجارية فكان سندها قاعدة قانونية

موضوعية مصدرها العرف • وفي فرنسا تجلت هذه القاعدة القانونية الموضوعية منذ سنة ١٩٤٢ في حكم تشريعي هو الذي تحويه المادة ٢٢٠ المعدلة من القانون المدني الفرنسي كما سبقت الإشارة الى ذلك (١) واذن فوضع الزوجة بالنسبة لزوجها يرتب عليه القانون اثابة لا موجب للبحث عن أساس آخر لها في ارادة الزوج الضمنية ، فارادة الزوج قد أنشأت الوضع الذي تشغله الزوجة والقانون يرتب على هذا الوضع اسباب صفة النيابة على الزوجة في حدود معينة هي احتياجات مسكن الزوجة •

٢ - نيابة الربان عن المجهز والشاحنين - فالقانون البحري في منظم البلاد يجعل لتصرفات معينة تصدر عن ربان السفينة آثارا مباشرة في ذمة ملك السفينة ومالكي البضاعة التي تحملها حسب الأحوال ، وتنفذ تصرفات الربان في حق هؤلاء يرجع الى اثابة يرتبها القانون كنتيجة للوضع الذي يشغله الربان ازاءهم بصرف النظر عن اتجاه ارادة المجهز أو الشاحنين - صراحة أو ضمنا - الى انشاء تلك الاثابة ؛ فالنيابة هنا أثر انفراد القانون بترتيبه وتكفل ببيان حدوده ولم يدع لذوى الشأن حرية تعديله وفق مشيئتهم فكأن العقد الذي يربط الربان بالمجهز أو عقد النقل الذي يربط هذا الأخير بالشاحنين مجرد شرط acte-condition يرتب على قيامه اسناد مركز قانوني موضوعي محدد ابتداء هو نيابة الربان عن المجهز وعن الشاحنين في الحدود التي يرسمها القانون (٢) •

(١) آنفا بند ٨٩ • ويلاحظ أنه منذ سنة ١٩٦٥ لم يعد الالتزام بأثار التصرفات الملقة بشعور منزل الزوجية يقصر - في فرنسا - على الزوج بالنسبة لتصرفات زوجته بل أصبح يمتد الى الزوجة بالنسبة لتصرفات زوجها • وبالنسبة لإدارة الأموال المملوكة للزوجة أو للزوج تنص المادة ١٤٣٢ من القانون المدني الفرنسي على أنه : « اذا تولى أحد الزوجين إدارة الأموال المملوكة للزوج الآخر - خاصة يعلم هذا الأخير وبغير اعتراض من جانبه يفترض أنه تلقى وكالة ضمنية تمنح على أعمال الإدارة والاستغلال دون أعمال التصرف » •

(٢) انظر مصطفى كمال طه : أصول القانون البحري ، بند ٢٥٦ وما بعده •

وظاهر أن حكمة اسباغ النيابة على الرهان هي احتياجه الى القيام بتصرفات قانونية لمصلحة السفينة وشحناتها في أماكن قاصية لا تيسر فيها الاتصال بمالك السفينة أو يحتاج الاتصال به اليه وقت قد يترتب على مروءه ضرر على السفينة أو الشحنة ، وبالنظر اليه هذه المحكمة قضت محكمة النقض المصرية بأن نيابة الرهان عن مالك السفينة لا تسرى الا حيث لا يوجد مالك السفينة أو من يحل محله (١) .

٣ - نيابة مساعدي التجار - تسخ قوانين التجارة في كثير من البلاد صفة النيابة عن التاجر في حدود معينة ، على بعض مساعديه ، وبالأخص على المندوبين المتجولين ، فمن ذلك تقنين التجارة الألماني (م ٥٥ / ٢) وتقنين التجارة المجرى (م ٤٥) وكذلك تقنين الالتزامات السويسري (م ٤٦٣) والتقنين المدني الإيطالي (م ٢٢١٠) فبمقتضى هذه الأحكام تكون للمندوبين المتجولين مكتنة استيفاء أثمان ما يبيعونه من العروض ، كما أن لهم أن يمنحوا المشتريين آجالا لسداد الثمن ، وليس للتاجر أن يعدل أو يحد من هذه المكتنة . وهذه النيابة تنشأ عن الوضع الذي يشغله المندوب المتجول بالنسبة للتاجر ويرتبطها القانون دون حاجة الى القول بوجود ارادة ضمنية لدى التاجر بل أن التاجر كما قدمنا لا يستطيع أن يقيد من تلك المكتنة التي رسم حدودها القانون ، فارادة التاجر يقتصر دورها على انشاء الوضع الذي يشغله مساعده وعلى اختيار شخص ذلك المساعد ، أما النيابة عن التاجر فهي تترتب على هذا الوضع بحكم القانون في الدائرة التي تعينها قواعده .

٩٣ - والحالات المعينة التي استعوضناها انما هي تطبيقات لفكرة عامة تنظم نوعا من أنواع النيابة ، هي النيابة الناشئة عن وضع يشغله النائب بالنسبة للأصيل برضاء هذا الأخير وتترتب على هذا

(١) نقض ٢١ أكتوبر ١٩٦٦ - المحاماة ٧١/٥٠/٥١ والقاعدة في القانون الانجليزي ايضا ان نيابة الرهان لا تسرى في وجود مالك السفينة أو عند امكان الاتصال به ، انظر ستولجار ص ١٥١ - ١٥٢ .

الوضع بحكم القانون صفة النيابة لمن يشغله عن الأصل في نطاق الحدود التي يرسمها القانون لهذه النيابة .

وقد نص على هذا النوع من النيابة كقاعدة عامة تقنين العقود الاسكنديناوي (١) في المادة ١٠ فقرة ٢ منه ونصها :

« اذا شغل شخص برضا شخص آخر وضعا من شأنه طبقا للقانون أو بحسب العرف أن تكون للأول صفة النيابة في التصرف لحساب الثاني في حدود معينة اعتبر الأول مفوضا عن الثاني في التعامل ضمن تلك الحدود » .

كما تضمن مشروع القانون الموحد في شأن النيابة الذي وضعه المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص النص على هذه القاعدة العامة في المادة ١٢ من المشروع التي تتناول نشأة النيابة فتص على أنه « تنشأ صفة النائب اما عن ائابة صريحة صادرة عن الأصل واما عن ائابة مستتدة الى وضع يشغله النائب ازاء الأصل برضا هذا الأخير الصريح أو الضمني » .

والقانون الانجليزى يعرف كذلك قاعدة النيابة الناشئة عن وضع يشغله النائب وذلك ضمن قاعدة أعم هي امكان نشأة النيابة « بترتيب القانون تأسيسا على ملوك ذوى الشأن أو وضعهم أو بناء على ضرورات الحال » ومن أمثلة هذا النوع من النيابة في القانون الانجليزى نيابة الزوجة عن زوجها ونيابة الرفاق عن مالك السفينة والشاحنين (٢) .

(١) المقصود بهذه التسمية قانون العقود السويسرى الصادر في ١١ يوليو سنة ١٩١٥ الذى تبنته صومعه الدانمرك بقانونها الصادر في ٨ مايو سنة ١٩١٧ ثم الترويج بقانونها الصادر في ٣١ مايو سنة ١٩١٨ ثم بلجيكا بقانونها الصادر في ١٣ يوليو سنة ١٩٢١ ثم اسكتلندا بقانونها الصادر في اول فبراير ١٩٢٦ فاصبحت بذلك أحكام هذا القانون سارية في بلاد الشمال الخمسة للقوية .

(٢) بوستيد طبعة ١٩٥٩ ص ٥ وما لسبورى ج ١ ص ١٥٢ .

وفي القانون الأمريكي نجد أن النيابة قد تنشأ عن الوضع الذي يشغله النائب وإن « الأصل إذا امتد إلى النائب — أو سمح له أن يشغل — وضعا من شأنه في جاري عادة الجهة ، أو التجارة ، أو المهنة أن تكون للنائب صفة في القيام بتصرفات معينة فإن لكل متعامل مع هذا النائب أن يستنتج أن له تلك الصفة ما لم يوجد دافع للاعتقاد بغير ذلك » (١) وبناء عليه فإن « تعيين شخص في وظيفة مثل مدير أو صراف تستتبع في العادة اختصاصات معينة من شأنه أن يجعل لهذا الشخص صفة في التعامل مع من يعملون بهذا التعيين في كل ما هو في العادة من اختصاص شاغل تلك الوظيفة وذلك بصرف النظر عما قد يكون مفروضا على هذا النائب بالذات من قيود غير معلومة لهم (٢) » .

٩٤ — وميزات النيابة الناشئة عن وضع يشغله النائب هي :

١ — قيام هذه النيابة على عمل ارادى من الأصل يسند به إلى النائب الوضع الذي ترتب عليه النيابة .

ومن هنا كان هذا النوع من النيابة داخلا ضمن حالات النيابة الاختيارية (٣) وذلك لوجود عمل ارادى صادر من الأصل لولاه لما نشأت النيابة وإن لم يكن ذلك العمل الارادى منصبا على انشاء الولاية بالذات ، اذ يكفي لاعتبار النيابة اختيارية أن تقوم في أساسها على ارادة صادرة عن الأصل وأن يكون اختيار شخص النائب متروكا اليه وهو ما يتحقق في حالات النيابة الناشئة عن وضع يشغله النائب .

٢ — ترتيب صفة النيابة على الوضع الذي يشغله النائب وتحديد مدى تلك النيابة بحكم قاعدة قانونية وضعية ، تشريعية أو عرفية ،

Restatement 2nd (1958), Agency, Sect. 49, Comment (١)

Meches, Sect. 99 وإنتر كذلك Ibid., Sect. 27, Comment a. (٢)

انظر أيضا بند ٧٦ . (٣)

فالنياية أثر يربط القانون على الوضع الذي أنشأ الأصل وحدود تلك النياية برسمها أيضا القانون أما مباشرة نص. تشرعهم. وأما بالاحالة على العرف وهو أيضا من مصادر القواعد القانونية الوضعية .

٣ - ليس للأصل أن يغير من حدود الولاية التي يربطها القانون على الوضع الذي يشغله النائب ولا أن يضيق من سلطات النائب أو أن يحد منها وكل ما قد يصدر عنه في هذا الصدد لا يحتج به على الغير الذين يتعاملون مع النائب ، وإن ظل للأصل بطبيعة الحال الحق في إنهاء النياية بإرادته كما أنشأ الوضع الذي تربط عليه بإرادته وذلك بأن ينهي الوضع الذي شغله النائب برضاه والذي يقوم عليه هذا النوع من النياية فتتقضى تبعاً لذلك .

الفصل الثاني

مدى النيابة

٩٥ - مكنته النائب في ابرام تصرفات قانونية ينصرف أثرها الى الأصيل اما أن تكون مطلقة واما أن تكون مقيدة بوجه من وجوه التقييد .

وليبغى أن يكون ترتيب أثر النيابة - أعني انصراف آثار التصرف الى الأصيل وحده مباشرة - مشروطا بدخول تصرف النائب في نطاق حدود نيابته فإذا أجرى النائب تصرفا خارج تلك الحدود لم تترتب آثاره في ذمة الأصيل - اللهم الا اذا أقره هذا الأخير .

وقد تضمنت المادة ١٠٥ من القانون المدني المصري القاعدة في هذا البلب اذ نصت على أنه « اذا ابرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فان ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الأصيل » ومفهوم هذا النص بالاستنتاج العكسي أن ما خرج عن حدود النيابة من تصرفات النائب لا تنصرف آثاره الى الأصيل (١) .

وتعين مدى النيابة وبيان حدودها امر مرده الى مصادر صفة

(١) نظن مدى ١٢ مايو ١٩٦٠ - مجوعة للكتب اللغوي - السنة ١١ ص ٣٩١ .

النائب فإن كان ذلك المصدر هو القانون - في النيابة الضرورية (القانونية) - تولي القانون في كل حالة من حالات تلك النيابة بيان مدى النيابة وحدود سلطة النائب ، ويقوم القانون بذلك البيان وهذا التحديد بكل دقة بنصوص جامعة مانعة وذلك لتعلق الأمر في أغلب الأحيان بحقوق أشخاص جعلهم القانون موضع حمايته كالقصر والمحجور عليهم والغائبين ويلحق بحالات النيابة الضرورية من حيث قيام القانون بتحديد مدى النيابة حالة النيابة المستندة الى وضع يشغله النائب والتي تعرضنا لها فيما تقدم في البنود ٩٢ - ٩٤ •

أما اذا كان مصدر صفة النائب هو ارادة الأصل - في النيابة الاختيارية (الاتفاقية) - فإن مدى النيابة وحدود سلطة النائب تتحدد بالنظر الى الاتفاقية الصادرة من الأصل ويكون الأمر اذ ذلك أمر تفسير ارادة الأصل المتجلية في الاتفاقية (١) •

وعلى ذلك يمكن أن نقول ان تعيين مدى النيابة الضرورية (القانونية) وبيان ما اذا كان تصرف معين داخل في حدودها أو خارجا عن تلك الحدود هو مسألة قانونية مردها الى تطبيق وتفسير نصوص القانون وبهذا الوصف يدخل الفصل النهائي - في حالة النزاع - ضمن سلطان محكمة النقض ، بينما أمر تعيين مدى النيابة الاختيارية أو الاتفاقية (الاتفاقية) وبيان حدودها يرجع الى تفسير ارادة الأصل ويكون بهذا مسألة موضوعية يفصل فيها قضاة الموضوع نهائيا بلا معقب من محكمة النقض •

(١) كان المشروع التمهيدى للقانون الذى نص على نصا ذات لجنة المراجعة حذفه من النسخين وهو نص المادة ١٥٦ من المشروع الذى كانت تقرر ان • ١ - النيابة الاتفاقية أو قانونية • ٢ - يحدد التوزيع الصادر من الأصل نطاق سلطة النائب عندما تكون النيابة اتفاقية ، فلا كانت قانونية فالقانون هو الذى يحدد تلك السلطة •

وقد قررت هذا المبدأ محكمة النقض المصرية في حكم لها صادر في ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ (١) (تلاه غيره في معناه) فقد قرر هذا الحكم أن « لقاضي الموضوع بماله من السلطة في تعرف حقيقة ما أراداه العاقدان في العقد المبرم بينهما أن يحدد مدى الوكالة على هدى ظروف الدعوى وملاساتهما فإذا كان ما حصلته المحكمة من ذلك تبرره المقدمات التي ساقتها ولا يتعارض مع أى نص في عقد الوكالة فلا تقبل مناقشتها لدى محكمة النقض » .

وتسوقنا صياغة المبدأ الذي قرره هذا الحكم الى التعليق على عبارة « مدى الوكالة » وعلى قول المحكمة أن لقاضي الموضوع أن يتعرف « حقيقة ما أراداه العاقدان في العقد المبرم بينهما » - ذلك أن هذه العبارات تثير في الذهن ما سبق لنا الكلام فيه من استقلال الانابة كتصرف قانوني عن عقد الوكالة أو غيرها من العقود التي ترتبط بها .

ولا بأس على صياغة المبدأ بالشكل المتقدم اذا كان الأمر خاصا بتعريف مدى التزامات الطرفين في عقد الوكالة ذاته أما الأمر يتعلق تعريف مدى النيابة وحدود سلطة النائب فالمرجح في ذلك انما يكون

(١) للحاماة السنة ٣٣ رقم ١٧٦ ص ٤٠٦ وينظر المبنى حكم النقض ١٧ فبراير ١٩٤٤ الحاماة السنة ٣٦ رقم ٢٢٤ ص ٥٩٣ ونقض ٥ أبريل ١٩٥٦ - مجموعة الكتب الفتى (المدنية) السنة ٧ ص ٤٨٩ ونقض ٢٥ ديسمبر ١٩٦٩ - الحاماة ٧١/٦١/٥٢ المبدأ الخامس ونقض ٦ يناير ١٩٧٠ - الحاماة ٣٥/٣٠/٥٢ - وانظر حكم النقض الفرنسي (عراقى) ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ سيريه ٦١/١/٢٩ وكذا حكم النقض الفرنسى (مدنى) ١٠ يوليو سنة ١٩٤٥ دالوز ١٨١/١٩٤٦ .

« Il rentre dans le pouvoir d'appréciation des juges du fond de fixer, d'après les circonstances de la cause et à l'aide des présomptions qu'elles leur fournissent, l'étendue d'un mandat tacite donné en matière civile (même pour un objet dépassant la valeur de 500 francs) et dont l'existence est reconnue par les parties ».

ومثل هذا الحكم تعليق بقلم Mimin

وأيضاً حكم النقض الفرنسى (الدوائر المتجمعة) ٢٦ يناير سنة ١٩٦٤ - المجموعة الرسمية لحكمة النقض الفرنسية ٣٩/٥٦/١/١٩٦٤ .

الى الانابة الصادرة عن ارادة الأصل وحده لا الى الوكالة التي تتميز عنها ولا تختلط بها كما أسلفنا •

وليست هذه مجرد ملاحظة نظرية مبعثها الحرص على عدم الخلط بين الانابة والوكالة وانما يتصور أن يحدث في العمل أن يختلف مدى الانابة عن مدى الوكالة فيكون أوسع منه أو أضيق كما قد تكون الانابة معلقة على شرط أو محددة بأجل دون أن تكون الوكالة كذلك ومن أمثلة ذلك أن يبرم بين (أ) و (ب) عقد وكالة موضوعه ادارة الأول لعموم أعمال الثاني وتصدر بمناسبة هذه الوكالة اناية عن الأصل في تأجير أطيانه (مثلا) للغير ، فيكون مدى النيابة هنا قاصرا على عقود الاجار التي تبرم مع الغير فتتصرف آثارها رأسا الى الأصل بينما يكون الوكيل في سائر أعمال ادارته وكيلا غير نائب يتصرف باسمه هو لحساب موكله فلا تتصرف آثار تصرفاته مباشرة الى الأصل بل ينقلها اليه وكيله فيما بعد • ومثال آخر : (أ) وكل (ب) في شراء منزل دون أن تتضمن الوكالة اناية ثم أبلغ (أ) أحد البائعين المحتملين (ج) اناية (ب) في الشراء فاذا تعاقد (ب) و (ج) كنا أمام حالة نيابة اذ تتصرف آثار العقد رأسا الى (أ) بحكم الانابة الصادرة منه موجهة الى (ج) أما اذا اشترى الوكيل من بائع محتمل آخر غير (ج) فلا تكون أمام حالة نيابة بل يعتبر (ب) في هذه الحالة وكيلا غير نائب يتعاقد باسمه وانما لحساب موكله ، فهنا كذلك نرى أن مدى النيابة قد اختلف عن مدى الوكالة اذ كان أضيق منه من حيث أشخاص الغير الذين يتعاقد معهم الوكيل •

نفرج من ذلك بأن تعرف مدى النيابة وبيان حدودها انما يكون في الواقع بتفسير ارادة الأصل وحده المتجلية في الانابة لا بتفسير ارادتي الطرفين في العقد الذي صدرت بمناسبة الانابة فهذا العقد لا ينبغي الاعتداد به في هذا الصدد •

٩٦ - وتقيد مكنة النائب في اجراء تصرفات ينصرف أثرها الى
الأصيل مباشرة يكون بوجه من الوجوه التي تؤثر في مدى النيابة كل
من ناحية معينة :

١ - من حيث الزمان : فقد تكون الانابة مطلقة من هذه الوجهة
أو تكون مقيدة بزمان معين تنقضى باقضاءه أولا تبدأ الا بابتدائه
فتكون معلقة على شرط موقف •

والتقيد بالزمان كما يكون صريحا بذكر تاريخ معين قد يكون
ضمنيا كمن ينيب غيره في استئجار منزل بقصد الاصطياف مثلا فتكون
الانابة قاصرة على موسم الصيف بالشكل المتعارف عليه واذا استأجر
النائب منزلا بعد انقضاء هذا الموسم يكون قد تجاوز حدود نيابته .
وهذا وأن من تشريعات بعض البلاد الأجنبية ما يحدد مدى الانابة
في الزمان بنص صريح ومن ذلك المادة ٢٦٨ من القانون المدني السوفيتي
التي تنص على انقضاء الانابة بمضى سنة على صدور ما لم يجددها
الأصيل خلال تلك المدة وليس هذا النص من مستحدثات التشريع
السوفيتي فقد كان القانون الروسي القديم ينص على القاعدة عينها
مع تحديد المدة بثلاث سنوات •

٢ - من حيث الشخص : فقد تكون الانابة بالنسبة للغير عموما
وقد يحدد الأصيل شخص الغير الذي يتعاقد معه النائب وفي هذه الحالة
ليس للنائب أن يتجاوز حدود نيابته بتعاقد مع شخص آخر غير من
حدده الأصيل • وكما يكون تقيد الانابة من حيث شخص الغير ناتجا
من صنيعتها الموجهة للنائب ، يكون كذلك ناتجا من مجرد توجيهه
الانابة الى غير معين فالانابة الخارجية الموجهة الى شخص معين هي دائما
انابة مقيدة من حيث الشخص فتعاقد النائب مع شخص خلاف من وجهت
اليه الانابة خارج عن حدود نيابته ولا يترتب عليه انصراف الآثار الى
الأصيل •

٣ - من حيث الموضوع : فقد تكون الاثابة خاصة بتصرف واحد معين فلا تتمدها الى سواء وقد تكون عامة في جميع التصرفات كما قد تشمل نوعا أو أنواعا معينة من التصرفات أو فرعا دون غيره من فروع نشاط الأصل وقد تقيد بأوصاف معينة في التصرفات التي يجريها النائب كأن لا تتجاوز قيمتها مبلغا معيناً أو لا يترتب عنها على الأصل الا مسئولية محدودة *

٤ - من حيث الشكل : فقد تكون الاثابة مقيدة بوجوب أن تكون تصرفات النائب مع الغير في شكل معين كمن يخول نائبه مكنة التعاقد باسمه بالكتابة فقط ولا يقبل أن تدخل تعهدات النائب الشفوية في حدود النيابة (١) *

٥ - وأخيرا قد تكون الاثابة معلقة على شرط فلا توجد الا بتحقيقه ويكون تصرف النائب قبل تحقق الواقعة المشروطة خارجا عن حدود نيابته وغير مرتب لأثار في ذمة الأصل *

ووجه التقييد والاطلاق المشار اليها تخلص من التعبير عن ارادة الأصل في الاثابة أو من تفسير تلك الارادة ان كان يعوزها الوضوح .
فاذا كانت ارادة الأصل المتجلية في الاثابة صريحة في بيان حدود النيابة وتعيين مداها فلا تعرض صعاب في هذا الصدد والا وجب اللجوء الى تفسير تلك الارادة وقد وضع القانون بعض القواعد التي يجري على أساسها هذا التفسير * (انظر ما يلي بند ٩٨) *

(١) هذا ويعني أن يثبت هذا القيد الوارد على شكل التصرفات التي يجريها النائب في ذات السند للثابت للاثابة حتى يحيط به الغير علما ، اما قيد الأصل لنائبه من حيث شكل تصرفات النائب بعمليات شفوية أو كتابية صادرة من الأصل الى نائبه فيأخذ حكم سائر عمليات الأصل المتعلقة بالملالة الداخلية بينهما - انظر ما يلي بند ١١٢ وما بعده .

٩٧ هـ ومن الحالات التي تمرض كثيرا في العمل وتكون فيها حدود النيابة واضحة لا تتوهم الى تفسير ارادة الاصيل حالة الوكلاء المفوضين شركات المساهمة (fondés de pouvoirs) ذلك أن صرورات الحياة التجارية لا تجعل من الميسور أداء أغراض الشركات الكبرى بواسطة نشاط الأعضاء *organes* المعبرة عن ارادتها وحده فبحوار الجمعية العمومية للمساهمين ومجلس الادارة وأعضاء المجلس المنتخبين يحوج العمل الى الاستعانة بنواب عن الشخص المعنوي يرمون لحسابه وباسمه التصرفات القانونية التي يستلزمها الحال ويكون ذلك عن طريق اصدار الشركة لنشرات تعين فيها أشخاص أولئك النواب الذين يختارون من بين موظفي الشركة وتبين بجلاء حدود المكنة الممنوحة لهم من حيث نوع التصرفات التي يستطيعون ابرامها ومن حيث افراد أحدهم بالتصرف أو وجوب اجتماع اثنين منهم أو أكثر على انجراء التصرف الى غير ذلك من الحدود المعينة لنطاق نيابة هؤلاء النواب الذين اصطلح على تسميتهم في العرف التجاري بالوكلاء المفوضين . والواقع أن اطلاق اسم الوكلاء على هؤلاء النواب فيه مجاوزة للدقة الواجبة ، إذ أنه لا تربط هؤلاء بالشركة عقود وكالة بالمعنى الصحيح وإنما هم موقوفون لديها تربطهم بها عقود عمل وتصدر لهم بمناسبة تلك العقود اذابة خارجية موجهة الى الغير الذين يتعاملون مع الشركة وفي تلك الاذابة تعين الشركة أشخاص نوابها وتحدد مدى نيابتهم عنها فهنا نجدنا أمام حالة بارزة وتطبيق ذائع الانتشار للاذابة التي تربط بمقد العمل دون أن تكون لدينا أية رابطة وكالة .

وإذا كان هؤلاء نوابا بالمعنى الصحيح عن شركات المساهمة فالتا لا نرى في الجمعيات العمومية أو مجالس الادارة ولا في رؤساء تلك المجالس أو اعضائها المنتخبين نوابا عن شركات المساهمة وإنما هؤلاء « أعضاء » تلك الأشخاص المعنوية الناطقة بارادتها *organes*

وشخصيتهم القانونية في نطاق تلك الصفات ليست مميزة عن شخصية الشركة التي يمثلونها وارادتهم فيما يبرمونه من تصرفات باسم الشركة انما هي في اعتبار القانون ارادة الشخص المعنوي ذاته مباشرة ، وهذه الارادة المباشرة انما تصدر عن عضو الشخص المعنوي الذي من وظيفته الانصاح عن تلك الارادة طبقا للقانون أو لنظام الشخص المعنوي ولا يمكن والعالة هذه اعتبار هؤلاء الأعضاء نوابا لأن الذي يميز النائب هو تمثيله عن ارادة خاصة به ترتب عليها آثار تلحق الأصل ولا كذلك عضو الشخص المعنوي فهو يعبر عن ارادة ذلك الشخص نفسه بطريق مباشر .

ومما يميز العضو عن النائب أن العضو لا تصدر له اقامة من الشخص المعنوي وانما هو يستمد صفته من القانون أو من نظام الشركة رأسا بحيث يسوغ القول بأنه (أى العضو) ينشأ مع نشأة الشخص المعنوي ذاته مستندا في وجوده الى ما يستند اليه كيان الشخص المعنوي من قانون أو نظام فهو عنصر أصيل في كيان الشخص المعنوي . أما النائب بالمعنى الصحيح فهو الذي تصدر له من الشخص المعنوي (بواسطة عضوه الذي من وظيفته ذلك) اقامة موجهة اما اليه واما الى الغير كما هو الشأن في « الوكلاء المفوضين » الذين سلف الكلام عنهم فهؤلاء - دون الجمعية العمومية أو أعضاء مجلس الادارة - هم النواب عن شركات المساهمة بالمعنى الدقيق (١) وتصرفات هؤلاء

(١) من هذا الرأي - ميلبو : نظرية الشخصية المعنوية ج١ بند ٥٩ وما بعده ونصوصا بند ٦٤ وبلجساي بند ٣٠ ص ٣٦ ونامسينيو ص ١٤٤ - ١٤٧ وعنه المح حجازي ج٢ ص ٢٢٣ - ٢٢٤ وكولان كاييتان وجوليو ديلاوراندير : موسوعة القانون المدني ، باريس ١٩٥٩ ج٢ بند ٥٢٧ وجوليو ديلاوراندير : القانون المدني ، باريس (دالوز) ١٩٦٦ ، بند ٥٢٧ ومن الرأي العكس الذي يصحبر عضو الشخص المعنوي نائبا بالمعنى الصحيح : كلوديز ص ١١١ - ١١٤ ورواست في أعمال جمعية هنري كاييتان سنة ١٩٤٩ ص ١١٥ وقد تابعه سافاتييه في الجزء الأول من الطبعة الثانية من موسوعة بلاتيون وريد (سنة ١٩٥٢) ص ١١٠ بند ٩٣ مكرر وقد ودهت في هذا -

المفوضين عن الشركة تعتبر وحدها حاصلة بطريق النياية أما التصرفات التي يجريها العضو فهي حاصلة بطريق الاصلية (١) .

على أن هذا لا ينفي ضرورة ظهور صفة العضو في كل معاملاته مع الغير ، فهنا كما في حالة النياية (٢) لا بد من توفر العلم بصفة العضو لدى الغير الذي يتعامل العضو معه لحساب الشخص المعنوي ، ولا ترجع آثار تصرف العضو الى الشخص المعنوي مباشرة ما لم يكن العلم بالصفة التي يجري بها ذلك التصرف مشتركا بينه وبين الغير المتعاقد معه . وما ذلك الا لكون العضو شخصا طبيعيا له مجاله القانوني الخاص به وله ذمته التي لا تختلط بذمة الشخص المعنوي فكان لا بد في كل تصرف يجريه من أن نعرف بأية صفة كان تصرفه : أهو لنفسه أم للشخص المعنوي الذي هو عضوه .

٩٨ - هذا وإن أخرج الأمر في تحديد مدى النياية الى تفسير

= البند ملاحظة كانت حرية بالتدليل على أن العضو ليس بنائب بالمعنى المتيقن وذلك إذ يقول المؤلف إن ثمة فرقا بين النياية عن الشخص المعنوي وبين النياية من الشخص الطبيعي مرده الى أن الشخص الطبيعي الأصليل يتمتع - ولو نظريا - بإرادة خاصة متميزة عن نائبه بينما إرادة الشخص المعنوي تختلط بإرادة العضو أو أنها هي تلك الإرادة ، وفي هذا دليل على أن العضو ليس نائبا لأن الخصخصة المميزة للنياية هي تمييز النائب عن إرادته هو التميز عن إرادة الأصليل . ولا يزال سافهاً عند رايه في عدم التفريق بين النائب والعضو أنظر مقاله في « دالوز الأسبوعي » ١٩٥٩ ص ٤٧ وما بعدها .

بـ ٨ - هذا وإن الأستاذ رويير لم يظاهر الرأي الذي أبداه الأستاذ رواسست في بحثه المشار اليه المنشور في مجموعة أعمال جمعية هنري كاتيتان - أنظر المراجع المذكور ص ١٥١ حيث يرى رويير أن عضو الشخص المعنوي ليس مجرد نائب .

ومن الملاحظ أن اتفاقية لاهاي رقم ٢٧ بشأن القانون واجب التطبيق على النياية والتي أقرها مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص في دورته الثالثة عشرة سنة ١٩٢٧ قد قسمت في مادتها الثالثة على أن عضو الشخص المعنوي لا يعتبر نائبا في تطبيق أحكام تلك الاتفاقية .

(١) محكمة النقض المصرية تسأير النظر القائل بأن عضو مجلس الإدارة المنتدب وكيل عن شركة المساهمة . أنظر نقض مدني ٣١ ديسمبر ١٩٦٩ - مجموعة الكتب للنشر - السنة ٣٠ من ١٣٧٨ ونقض مدني ٢٠ أبريل ١٩٧١ - مجموعة الكتب للنشر - السنة ٢٢ ص ٥٠٠ .

(٢) أنظر ما يلي منه ١٢٧ وما بعده .

إرادة الأصل المنشئة للوكالة فإنه يلاحظ على وجه العموم أن هذا التفسير يكون في الوكالة الداخلية طبقاً لصيغتها الصادرة من النائب وإلى مجموع الظروف التي يعلها هذا الأخير بينما يكون التفسير في الوكالة الخارجية وفقاً لصيغتها الموجة إلى الغير والظروف التي يلم بها هذا الغير ، وقد أورد القانون المصري في تنظيم الوكالة المادتين ٧٠١ و ٧٠٢ اللتين تضعان بعض قواعد تفسير الوكالة بقصد تحديد مداها :

المادة ٧٠١ - « الوكالة الواردة في أفاظ عامة لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل لا تخول الوكيل »
« صفة الا في أعمال الإدارة وبعد من أعمال الإدارة الإيجار اذا لم »
« تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء »
« الحقوق ووفاء الديون ويدخل فيها أيضاً كل عمل من أعمال التصرف »
« تقتضيه الإدارة كبيع المحصول وبيع البضاعة أو المنقول الذي يسرع »
« اليه التلف وشراء ما يستلزمه الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه »
« ولاستغلاله » •

كما تنص المادة ٧٠٢ على أنه « لابد من وكالة خاصة في كل عمل »
« ليس من أعمال الإدارة وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات »
« والصلح والاقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء »
« والوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح »
« ولو لم يمين محل هذا العمل على وجه التخصيص الا اذا كان العمل »
« من التبرعات » •

« والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة الا في مباشرة الأمور »
« المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من تواجب ضرورة وفقاً لطبيعة »
« كل أمر وللعرف الجاري » •

وهذه النصوص، تقابل نصوص المواد ٥١٥ و ٥١٦ و ٥١٧ من
التقنين القديم، ولا تختلف، عنها كثيرا في أحكامها (١) .

وعلى هذا غرورود الاثابة في الفاظ عامة مؤداه في القانون المصري
اقتصارها على أعمال الادارة التي مثلت لها المادة ٧٠١ بذكر الاجبار
لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء
الحقوق ووفاء الديون الخ . وبديهي أن الأعمال التي عدتها تلك المادة
لم تأت الا على سبيل المثال فيصح أن يضاف اليها كل عمل آخر يعتبر
من أعمال الادارة حسب طبيعته ووفقا للعرف الجارى .

أما ما عدا أعمال الادارة فان القانون يشترط لصحة الاثابة فيها
أن تكون خاصة فيذكر فيها العمل المخول الى الوكيل القيام به اما بنوعه
دون تحديد محله وذلك اذا كان التصرف المخول الى الوكيل من غير
التبرعات واما بنوعه ومحله بالذات في حالة التبرعات .

وهكذا نرى أن أعمال الادارة يصح أن تكون محلا لاثابة عامة
أو خاصة أما أعمال التصرف فلا تكون محلا الا لاثابة خاصة لخطورتها
« فإذا كان العمل تبرعا كالهبة والمارة فلا تكفى الوكالة الخاصة دون
تعيين المال الذي يرد عليه العمل القانوني ، ويلاحظ أن تدرج
الأعمال في الخطورة يتمشى معه تدرج الوكالة في التخصص فما كان
من الأعمال محدود الخطورة كأعمال الادارة تكفى فيه الوكالة العامة

(١) تعليق حكم لفادة ٧٠١ من القانون المدني المصري أحكام المواد ٦٦٧ من القانون
المدني السوري و ٧٠١ من القانون المدني الليبي و ٧٧٦ من تقنين الموجبات القود اللبناني
و ٥٧٣ من القانون المدني الجزائري . تقاربه أحكام الفصلين ١١١٦ و ١١٢٠ من مجلة
الالتزامات والقود التونسية و ٨٢٧ من القانون المدني الأردني أما القانون المدني العراقي
(م ٩٣٦) فيحكم في الوكالة العامة بخالف حكم القانون المصري والقوانين المطابقة له
في الوكالة العامة في القانون العراقي لا تنص على أعمال الادارة بل تشمل كل الصفقات
ولو تبرعية فهي لا تخصص الا بتخصص للوكيل لها . وحكم القانون العراقي في هذه
النقطة قريب من حكم القانون الألماني . انظر ما يلي منه ١٠٠ .

فاذا زادت خطورة العمل كما في أعمال التصرف وملحقاتها وجب أن تخصص الوكالة في نوع العمل القانوني حتى اذا وصلت الخطورة الى الذروة كما في أعمال التبرع وجب أن تخصص الوكالة في نوع العمل القانوني وفي محله « (١) فاذا كانت الاثابة خاصة تقيدت صفة النائب في ابرام تصرفات باسم الأصل بما هو وارد في الاثابة مع توافره الضرورية وفقا لطبيعة العمل وللعرف الجارى (م ٧٠٢ فقرة ٣) (٢) •

٩٨ مكرر - رأينا أن الاثابة في التبرعات لا يكفى أن تكون خاصة من حيث نوع التصرف المخول للنائب في القيام به بل ينبغى تخصيصها كذلك من حيث المال محل الصرف وذلك مراعاة لخطورة التبرعات وحتى لا يكون النائب مطلق اليد في التبرع بما يشاء من أموال الأصل •

ولكن هل معنى ذلك أنه لا بد من ذكر المال محل التصرف في سند الاثابة ذاته أم يكفى أن يعين ذلك المال بأية طريقة أخرى كالاثابة مثلا في سند الاثابة الى وثيقة أخرى تتضمن بيان المال موضوع التبرع •

ان كل ما تشترطه المادة ٧٠٢ هو أن يعين محل التصرف على وجه التخصيص اذا كان هذا التصرف من التبرعات ولا يشير النص الى ضرورة ذكر محل التبرع في سند الاثابة وحكمة النص هي حماية الموكل ازاء الخطورة التي تتسم بها أعمال التبرع ويكفى لتحقيق هذه الحكمة

(١) المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري على المادتين ٧٠٩ و ٧٠٢ •

(٢) انظر حكم شعبين الكوم الابتدائية ١٤ مارس سنة ١٩٣٢ - للحامدة السنة ١٣

رقم ٢٩١ ص ٥٦٥ • للوكيل أن يجرى كافة الأعمال التي تمثل بطبيعتها ضمن العمل المصرح به في التوكيل بحيث تعتبر وسيلة محتملة لتفليده ونتيجة لازمة له • وانظر حكم محكمة مصر الابتدائية ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٩ للحامدة السنة ٣٠ رقم ٥٤٠ ص ١٢٤٧ الذي قضى بأن التوكيل في ادارة تجارة الموكل يتضمن التفويض في التوقيع على السندات الادبية وغيرها لا سيما الوسيلة الطبيعية لتجارة •

أن يكون الموكل عالماً علماً كافياً بالمال الذي يتصرف فيه وكبله على وجه التبرع وقد يتوفر هذا العلم لدى الموكل إذا أحال سند الانابة (التوكيل) على وثيقة أخرى صادرة من الموكل وحاولية بياناً وافياً للمال محل التصرف فمعيار تخصيص الانابة في التبرعات من حيث الموضوع هو علم الأصل بالمال المخول للنائب التصرف فيه والصورة المثلى لتحقيق هذا العلم لدى الأصل هي بيان ذلك المال في سند الانابة ذاته فهنا لا تثور أية صعوبة في تحديد مدى سعة نيابة النائب ولكن الصعوبة تثور إذا لم يرد ذكر محل التصرف في سند الانابة إلا بطريق الاحالة وفي هذا الغرض يتعين البحث على ضوء ظروف كل حالة عما إذا كان لدى الأصل العلم الكافي بالمال الذي سيرد عليه تصرف النائب فإذا توفر لديه هذا العلم بوجه قطعي تحقق شرط تخصيص الانابة من حيث محل التصرف أما إذا كانت الظروف لا تدل على أن لدى الأصل مثل هذا العلم اليقيني بالمال الذي سيرد عليه التصرف فإن تعيين هذا المال في سند الانابة بطريق الاحالة - دون ذكره في صلب السند - لا يكون كافياً •

وعلى هذا قضت محكمة النقض المصرية بأنه « إذا كان المطعون عليه قد عهد الى وكيله بالتنازل عن نصيبه في ميراث ولم يعين في عقد الوكالة المال الذي انصب عليه التبرع بالذات فإن هذا التنازل يكون قد وقع باطلاً ولو كان الوكيل عالماً بالمال محل التبرع طالما أن القانون قد اشترط تحديده في ذات سند التوكيل » (١) وظاهر أن الأصل في

(١) نقض مقرر ١٨ نوفمبر ١٩٦٢ - مجموعة للنقض الثاني ١٩٧/١٤١/١٣ - ويلاحظ على هذا الحكم أن القانون لم يشترط تحديد المال موضع التصرف « في ذات سند التوكيل » بل اشترط فقط أن « يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص » (م ٧/٧٠٢) أما أن قول المحكمة أن « هذا التنازل يكون قد وقع باطلاً » ينطوي على عدم الدقة في التعبير ذلك أن إجراء تصرف النائب بخارج حدود نيابته ليس هو البطلان بل عدم نفاذ تصرفه في حق الأصل •

مثل هذه الحالة قد لا يكون علما بمناظر التركة التي تلتقى الإرث فيها علما كافيا ولا علما بما يتدخل في نصيبه بالذات من أموال التركة ولذلك فالإثابة الصادرة في التنازل عن ذلك التخصيص جملة بشوفا عدم تحديد محل التنازل وهو من التبرعات ولا يفنى عن ذلك — كما يقول الحكم — أن يكون الوكيل علما بالمال محل التبرع فالعبرة في تخصيص الإثابة في التبرعات بالمحل هي بعلم الأصيل لا بعلم النائب •

وفي قضية أخرى فصلت فيها محكمة النقض (١) كان علم الأصيل بالمال محل التبرع ثابت من الظروف بوجه قطعي ولذلك قضت المحكمة بأن الإثابة صحيحة ومنتجة لآثارها وإن لم يرد ذكر الأموال في سند الإثابة ذاته ، ويتلخص موضوع الطعن الذي صدر فيه هذا الحكم في أن أحد الواقفين أصندر توكيلا في تغيير إسهاد وقف معين ولم يورد في صلب التوكيل بيان أعيان الوقف ومع ذلك فقد اعتبرت المحكمة أن التغيير الذي أجراه الوكيل بموجب هذا التوكيل صحيح ومنتج لآثاره رغم عدم ورود بيان الأعيان في سند التوكيل اكتفاء بأن حجة الوقف الواردة ذكرها في التوكيل ثابت بها بيان الأعيان محل الوقف وحدودها رباعيا ، فهنا اكتفت المحكمة بالإحالة في سند الإثابة إلى ورقة أخرى سبق صدورها من الأصيل ذاته لأن مثل هذه الإحالة في هذه الظروف تقطع بعلم الأصيل علما تاما بالأموال التي سيجرى عليها تصرف فائده على وجه التبرع •

ولا نرى بين هذين الحكمين المتقارنين في التاريخ تناقضا فالتوفيق بينهما ممكن بإرجاعهما إلى مبدأ عام هو أن العبرة في تخصيص الإثابة في تبرعات من حيث المال محل التصرف النائب فيه هي بعلم الأصيل علما تاما وفيثانيا بالمال الذي سيقع عليه التصرف سواء استمد الدليل على هذا العلم من ذكر ذلك المال في سند الإثابة ذاته أو استمد من

(١) تلقى مدني ٦ مارس ١٩٦٨ - مجموعة المكتب الفني ٢٨/٧٦/١٩ •

ظروف أخرى - أخصها الاحالة في سند الانابة الى ورقة أخرى صادرة من الأصل - يكون من شأنها امكان القول بتحقيق ما اشترطه القانون في المادة ٧٠٢ وهو أن « يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص » .

٩٩ - وإذا كانت الانابة خاصة بنوع من التصرفات القانونية في مستوى معين من الخطورة فهل يدخل ضمن حدود مكنة النائب اجراء تصرفات مشابهة أقل خطورة مما صرح به في الانابة ، وذلك على أساس أن من يملك الأكثر يملك الأقل ؟ الواقع أن الجواب على هذا التساؤل بالإيجاب وإن كان يتفق مع ظاهر المنطق إلا أن في اطلاق الحكم نظرا وذلك لما يكتنف كل حالة في العمل من ظروف مقتضاها تقييد اطلاق قاعدة « من يملك الأكثر يملك الأقل » ولذا كان من الأوفق أن يترك الأمر للقضاء في كل حالة على حدة ليقرر ما اذا كان العمل الأقل خطورة - من حيث نوعه - داخلا في نطاق النيابة طبقا للقاعدة المشار اليها أو خارجا عنها لما يلزمه في العمل من ظروف قد تجعل خطورته العملية أكبر من خطورة العمل المصرح به في الانابة .

وللقضاء المصري تطبيقات في هذا الشأن نستحسن الإشارة الى اثنين منها جاء الحكم في كل منهما مخالفا للحكم في الآخر ومن مقارنتهما يتضح تعذر اطلاق مبدأ « من يملك الأكثر يملك الأقل » بالنسبة لمدي النيابة ويتبين وجوب ترك الأمر للقاضي في كل حالة بطروفا .

قضت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم صادر لها في ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ (١) في قضية زوجة صدرت لها من زوجها انابة في البيع والشراء والرهن والقبض بأن لهذه الزوجة أن تقتض باسم زوجها عن طريق توقيع سندات اذنية ، وأن الأصل ملزم في هذه الحالة بالالتزامات التي يرتبط بها نائبه على هذا الوجه ، وقد تساءلت المحكمة

(١) البطلان ٥٥/٢٧ وينشور أيضا في المجلة السنة ٦ رقم ٢٢٤ ص ٢٦٢ .

في حيثيات حكمها : ما دام أن للزوجة بمقتضى الانابة أن ترهن أموال زوجها ضماناً لدين أفلا يكون لها أن تستدين باسمه بغير رهن ؟ وخرجت المحكمة بن هذا التساؤل بجواب ايجابي استناداً الى المبدأ القائل « من يملك الأكثر يملك الأقل » (١) .

وبعكس ذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة نفسها في حكمها الصادر في ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٢ (٢) في قضية زوج صدرت له من زوجته انابة في رهن أموالها وقام الزوج بالاقتراض باسم الزوجة بمقتضى هذه الانابة وذلك بغير رهن وعن طريق توقيع سندات اذنية ، فقد قضت المحكمة بأن تصرف النائب على هذا الوجه خارج عن حدود نيابته ولا يلزم الاصيل مقرر أن المبدأ القائل « من يملك الأكثر يملك الأقل » ليس مؤداه ادخال عمل غير مصرح به كالاقتراض عن طريق توقيع سندات في نطاق انابة قاصرة على رهن أموال الاصيل (٣) . وقد اوضحت المحكمة في حيثياتها أن خطورة الاقتراض عن طريق

(١) « من حيث أنه يغفل من التوكيل القيم أمام الاستئناف أن زوجة دولتيان كد مسددا لها من زوجها توكيل في البيع والشراء والرهن واسلام المبالغ وعلى ذلك فلذا كان لها بمقتضى هذا التوكيل أن ترهن املاك زوجها أفلا يكون لها أن تقرر ض لهسابه بغير رهن ؟ لا شك في الجواب على التساؤل بالإيجاب لا أن من يملك الأكثر يملك الأقل » .

« Attendu qu'il résulte de la procuration produite en degré d'appel que l'épouse de Dawlatian avait reçu de son mari, mandat de vendre, acheter, hypothéquer et encaisser le montant : si donc elle pouvait, en vertu de ce pouvoir, hypothéquer les biens de son mari, ne pouvait-elle pas emprunter pour son compte sans hypothéquer ? L'affirmative est certaine : qui peut le plus peut le moins »... Cour d'Appel Mixte, 9 Décembre 1924, B. 37/55.

(٢) البلاط ٩٠/٥٥

(٣)

« Le mandat d'hypothéquer les biens du mandant ne saurait, en vertu du principe que qui peut le plus peut le moins, être étendu à un acte à l'accomplissement duquel le mandataire n'était pas formellement autorisé, tel qu'emprunter et souscrire des effets ». Cour d'Appel Mixte, 25 Novembre 1942, B. 55/10.

لا يسوغ تطبيقاً لهذا أن من يملك الأقل يملك الأقل ، أن يمنحه التوكيل في رهن املاك الموكل الى تصرف آخر لم يرخص فيه للتوكيل صراحة مثل الاقتراض وتوقيع الكسييلات محكمة الاستئناف للمختلطة ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٢ • البلاط ٩٠/٥٥ •

توقيع سندات وبغير رهن قد تتجاوز في المثل خطورة الاقتراض بزمه
وذلك لأن التزامات الأصل في هذه الحالة الأخيرة لا يمكن أن تتجاوز
مبلغا يتناسب وقيمة أمواله التي سترهن ضمانا للدين بينما التزاماته في
حالة الاقتراض بغير رهن لا تتحدد بشيء من ذلك وقد تتجاوز المدى
الذي كان يقصده الأصل عند صدور الأمانة •

ومن ذلك يتضح أن ادخال التصرفات الأقل خطورة من حيث
نوعها في نطاق امانة خاصة بتصرفات هي بطبيعتها أكثر خطورة ليس
مما يمكن الأخذ به في جميع الأحوال وأن تطبيق المبدأ الذي مؤداه
أن من يملك الأكثر يملك الأقل لا يصح أن يكون مطلقا فيما يختص
بمدى النيابة بل يستحسن ترك التقدير فيه الى القضاء طبقا لظروف كل
حاله مستهديا دائما بارادة الأصل وقصده من اصدار الأمانة (١) •

١٠٠ - وأحكام القانون المصري في خصوص مدى النيابة
تتفق وأحكام التقنينات اللاتينية كالقانون الفرنسي في المادة ١٩٨٨
والمشروع الفرنسي - الايطالي في المادة ٥٦٩ وكلها تقصر الوكالة
العامة على أعمال الإدارة وتشترط لأعمال التصرف وما يقترن بها
كالصلح والاقرار وكالة خاصة •

وعلى خلاف ذلك نجد أحكام القانون المدني الألماني لا تشترط
أمانة خاصة في أعمال معينة بل أن الأمانة العامة تكفي في القانون الألماني
لكافة الأعمال القانونية والأمر في هذا القانون هو أمر تفسير ارادة
الأصيل في كل حالة على حدة لمعرفة ما اذا كان عمل من الأعمال

(١) انظر حكم محكمة السين الابتدائية ٢٩ مايو ١٩٤٥ (جازيت دي باليه
٣٠/٥/١٩٤٥) الذي قضى بأن التوكيل في بيع ارض لا يحول التوكيل بيع الاشجار
القائمة على تلك الارض •

— تصرفاً كلفه أو غيره — يدخل في حدود النيابة أو يخرج من تلك الحدود وهو أمر متروك لتقدير القاضى في جميع الأحوال (١) .

(١) — وما يدخل في تحديد مدى النيابة وتعيين حدودها معرفة ما إذا كان لأحد النواب المتعددين مكتنة الأفراد بالتصرف باسم الأصل أم يتعين اجتماعهم على هذا التصرف . فقد يحدث في العمل أن ينبى الأصل عنه أكثر من نائب واحد فيكون أمر معرفة إمكان افراد أحدهم بالتصرف أو وجوب اجتماعهم عليه أم يرجع الى تحديد مدى نيابة كل منهم . ويتوقف حل هذه المسألة ككل المسائل المتعلقة بمدى النيابة على تعرف ارادة الأصل في الانابة أو تفسير هذه الارادة فإذا كانت الانابة صريحة في إمكان افراد أحد النواب المتعددين بالتصرف أو في وجوب اجتماعهم لتحديد مدى نيابتهم على الوجه الوارد بالانابة ، غير أن هذا المدى قد يتبين من تفسير ارادة الأصل على ضوء ظروف الحال إذا لم يتبين من صريح تلك الارادة ، فإذا فرضنا مثلاً أن الأصل قد أعطى كل من النائبين عنه صك انابة مستقلاً كان مفهوم ذلك إمكان افراد كل منهم بالتصرف بمكس ما إذا كان قد أعطاهم صك انابة واحداً ففى هذا القرض يتعين اجتماعهم على التصرف .

وإذا فرضنا أن أكثر من واحد من النائبين العاملين لصكوك اقلية افرادية تخول كلا منهم مكتنة بيع ملك مملوك للأصل ، قد تصرف من جانبه في ذلك المال بالبيع لشخص من الغير فإن جميع العقود التى يعقدونها تعتبر نافذة ومتبعة لأثارها في ذمة الأصل وذلك لأن كلا منهما قد تصرف في حدود نيابته . ولكن كيف يكون التفصيل بين المشترين في هذا القرض ؟ يرى بعض المؤلفين أنه إزاء تساوى السند

(١) وهذا الحكم في القانون الفرنسى السابق . لحكم المقتضى البروسى السابق

عليه — بويسترو — وألمانيا ٢٢٢ — ٢٢٤ وانظر ص ٣٦٧ .

تكون الأفضلية للسابق من المشتريين في وضع اليد يحسن نية (١) وهو حل سليم من الوجهة القانونية ومتفق مع مقتضيات العدالة ، مع ملاحظة اتباع قواعد الشهر في البيوع العقارية .

وإذا كانت الانابة الصادرة لأكثر من فائب تلزمهم بالتصرف مجتمعين فإن ذلك لا يعنى حتما وجوب اجتماعهم على التصرف في وقت واحد حتى تنتج النيابة أثرها ، ذلك أن وجوب تصرفهم مجتمعين منناه موافقتهم جميعا على التصرف (٢) واذن فمن المتصور أن يتعاقد أحد النواب المتعددين مع الغير في تاريخ معين ثم تصدر موافقة سائر النواب في تواريخ لاحقة وفي هذه الحالة لا تعتبر النيابة تامة ولا ينتج العقد أثره في ذمة الأصل الا من وقت موافقة آخر النواب أى من وقت اكتمال التعبير عن ارادتهم في العقد المبرم مع الغير .

على أنه في الحالات التي تصدر فيها انابة جماعية لعدد من النواب مع عدم الترخيص في افرادهم بالعمل يخفف القانون من حدة هذه الانابة تسهلا للمعاملات في الأحوال التي لا خطر فيها على مصلحة الأصل من افراد أحد النواب ، ومن ذلك نص المادة ٧٠٧ فقرة ٢ من القانون المدنى المصرى التي تقرر أنه « اذا عين الوكلاء في عقد واحد دون أن يرخص في افرادهم في العمل كان عليهم أن يعملوا مجتمعين الا اذا كان العمل مما لا يحتاج فيه الى تبادل رأى كقبض الدين أو وفائه » والاستثناء الوارد بأخر هذه الفقرة يتضمن حكما

(١) فون نوهر من ٣٠٥ وبلجساي من ٥٩ - ٦٠

(٢) تقضى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ « مجموعة القواعد التي ترونها محكمة النقض في ٢٥ عاما » - ٢ من ٨٣٩ رقم ٤٨ : « للقرر شرعا وقانونا أن أحد الوكلاء أو أحد الوصيين تقضى لهما في التصرف مجتمعين إذا تصرف ببلان صاحبه أو بأجازته فلا تصرفه صريحة كانت الأجازة أو ضمنية ، فلا أجرى أحد هذين الوصيين تصرفا ، صح تصرفه متى صدرت من شريكه في الوصاية أعمال وتصرفات دالة على وفائه بهذا التصرف »

مستحذلا لم يكن منصوباً عليه في المادة المقابلة من التقنين القديم وهي المادة ٥١٩ كما أنه لم يكن موجوداً في المشروع الأول وإنما أضيف إلى المادة ٧٠٧ عند نظر المشروع في مجلس النواب « لزالة لبس عرض في العمل » كما ذكرت اللجنة التشريعية في تقريرها . وحكمة هذا التعديل واضحة من حيث انتفاء علة وجوب اجتماع النواب المتعددين في تلك التصرفات التي لا تحتاج إلى تبادل الرأي والتي لا خطر منها على مصلحة الأصل (١) .

١٠٢ - وحكم الشريعة الإسلامية في حالة تعدد النواب المعينين في ائابة واحدة هو قسمه حكم القانون المدني المصري ، فالنظر في الشريعة الفراء أنه « لا ينفذ تصرف أحد الوكيلين معاً - كوكالتهما بكذا - وحده ولو الآخر عبداً أو صيباً أو مات أو جن الأ فيما اذا وكلهما على التعاقب » (٢) ، وكذلك « لو وكل رجلين ببيع شيء وأحدهما عبد أو محجور عليه أو صبي لم يجوز للآخر أن ينفرد ببيعه لأنه ما رضى برأيه وحده حتى ضم إليه رأى الآخر . ولو مات أحدهما أو ذهب عقله لم يكن للآخر أن يبيعه لأنه مارضى برأيه وحده » (٣) ، و « اذا وكل وكيلين في تصرف وجعل لكل واحد الاقتراد بالتصرف فله ذلك لأنه مأذون له فيه فان لم يجعل له ذلك فليس لأحدهما الاقتراد به لأنه لم يأذن له في ذلك وإنما يجوز له

(١) وحكم المادة ٢/٧٠٧ من القانون المدني المصري مطابق لحكم المادة ٢/١٧٢ من القانون المدني السوري والمادة ٢/٧٠٧ من القانون المدني الليبي والمادة ٩٢٨ من القانون المدني العراقي والمادة ٧٨١ من قانون الموجبات والعقود اللبناني والفصل ١١٢٥ من مجلة الانترناتامات العقود التونسية والمادة ٢/٥٧٦ من القانون المدني الجزائري والمادة ٢/٨٤٢ من القانون المدني الاردني . وانظر المادة ٢٦ من قانون الوكالة السوداني التي جاءت بحكم مشابه .

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ٤٢٦ وانظر بالمعنى نفسه شرح الدردير ج ٢ ص ٢٦٦ .
(٣) القيسوط ج ١٩ ص ٤٥ - وانظر كذلك ص ٥١ في جواز الاقتراد اذا لم يكن تعيين النواب بملك واحد . ولذا وكل رجلاً ببيع عبده هذا لم وكل آخر به أيضاً فأيهما باعه جاز لأنه رضى برأى كل واحد منهما على الاقتراد حين وكله ببيعه وحده .

ما أذن فيه موكله ، وهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ... فإن
غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر أن يتصرف » (١) .

وإذا كان القانون المصري والكثير من قوانين البلاد الأخرى
قد اختارت قاعدة وجوب اجتماع النواب المتعدين على التصرف في
حالة عدم الترخيص لهم في الأفراد كما هو حكم الشريعة الإسلامية ،
فإن من تشريعات بعض البلاد مالا يتبع هذه القاعدة وذلك كالقانون
المدني الايطالي (م ١٧١٦ و ٢٣٠٣) وقانون الالتزامات البولوني
(م ١٠٢) والقانون المدني الشيلي (م ٢١٢٧) فهذه التشريعات كلها
تنص على امكان افراد كل واحد من النواب المتعدين بالتصرف
باسم الأصل في حالة خلو صك الانابة من النص على وجوب اجتماعهم
على التصرف . كما أن هناك بعض التشريعات التي اختطت مسيلا
مفارقا اذ اعتبرت النواب المتعدين بديلا أحدهم عن الآخر وبالترتيب
الذي ترد به أسماؤهم في صك الانابة بمعنى أن النائب الذي يرد
اسمه تاليا لاسم غيره لا تكون له صفة في التصرف باسم الأصل
الا اذا تعذر ذلك على من يسبقه وهذا هو حكم القانون المدني
البرازيلي (م ١٣٠٤) .

١٠٣ - ومن المسائل التي يتوقع حلها على ترف مدى النيابة
مسألة انابة النائب غيره في ابرام تصرف باسم الأصل فإن جواز تلك
الانابة للنائب أو امتناعها عليه رهن بحدود مكتته التي قد يدخل فيها
أو يخرج عنها انابة غيره عن نفسه حسب الأحوال .
وبصدد النيابة الاتهامية نجد أن المادة ٧٨ من القانون المدني
المصري تنص على ما يلي :

« إذا أُناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون

(١) يعني ج ٠ ص ٢١٦ .

مرخصا له في ذلك كان مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو . . أما اذا رخص للوكيل في اقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب فان الوكيل لا يكون مسئولا الا عن خطئه في اختيار نائبه أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات . ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر . وقد جاءت بحكم هذه المادة عينه المادة ٦٧٤ من القانون المدني السوري والمادة ٧٠٨ من القانون المدني الليبي والمادة ٥٨٠ من القانون المدني الجزائري اما المواد المقابلة في القانون المدني العراقي وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني وفي مجلة الالتزامات والعقود التونسية وفي قانون الوكالة السوداني وفي القانون المدني الأردني فقد جاءت بأحكام مغايرة سنشير إليها في حاشية البند ١٥٥ .

وظاهر من هذا النص أن للنائب الاتصافى - ولو كان غير مرخص له في ذلك - أن ينيب غيره في اجراء التصرف الذي تقع آثاره مباشرة في ذمة الأصل وكل ما هنالك من فرق بين حالة وجود الترخيص بالانابة وبين حالة عدم وجود ذلك الترخيص هو في المسؤولية التي تقع على الوكيل فهو في حالة الترخيص بالانابة عن نفسه لا يسأل إلا عن خطئه في اختيار النائب أما في حالة انابة غيره عنه بدون ترخيص فيكون مسئولا عن عمل ذلك النائب كمسؤوليته عن عمله هو . وهذه المسؤولية التي يضيق نطاقها في حالة وجود الترخيص وتتسع في حالة عدم وجوده ليست مما يصحنا ونحن نبيد الأحكام العامة للنابة لأن تلك المسؤولية أمر يتصل بالعلاقة الداخلية بين الوكيل والموكل أي بعقد الوكالة وهو ما يخرج عن موضوعنا أما ما يتصل بهذا الموضوع فهو أن حكم النابة - بمعنى التصرف أثر التصرف إلى الأصل - يجري في كل حالات النابة التلقائية

عن نفسه في ابرام التصرف اذ ترجع آثار تصرف نائب النائب الى
الأصيل رأسا بلا نظر الى كون الوكيل مرخصا له في عقد الوكالة بانابة
غيره أو غير مرخص له بذلك .

١٠٤ - هذا وان الفقرة الأخيرة من المادة ٧٠٨ التي تنص على
أن للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما على الآخر مباشرة ليست
الاطبقا للقاعدة العامة في أثر النيابة فما دامت الانابة الصادرة من
النائب الأصلي الى غيره داخلة في نطاق نيابته فانها ككل تصرف يبرمه
النائب باسم الاصيل وفي حدود النيابة تقع آثارها في ذمة الاصيل
رأسا ويرتبط بها الاصيل مع الغير الذي تعامل معه النائب مباشرة ومن
ثم كان لكل من الاصيل ونائب النائب أن يرجع على الآخر بدعوى
مباشرة (١) .

وهذه القاعدة مقررّة كذلك في الشريعة الاسلامية متى جاز للنائب
أن ينيب عنه غيره لوجود الاذن له في ذلك ، ولم يفت فقهاء الشريعة
أن يبرزوا قيام الرابطة المباشرة بين الاصيل وبين نائب النائب نتيجة
لتصرف النائب في الاستنابة باسم الاصيل ولحسابه وفي ذلك نجد
في « المبسوط » قوله : « وان مات الوكيل أو جن أو ارتد ولحق
بدار الحرب فالوكيل الثاني على وكالته لأن الوكيل الثاني وكيل

(١) انظر في الرأي العكسي الذي لا يعتبر رجوع كل من الموكل ونائب الوكيل
على الآخر تطبيقا للقاعدة العامة بل يعتبره حكما خاصا نصت عليه المادة ٧٠٨/٣ :
السنهوري - الوسيط - ج ٧ للجلد الاول - فقرة ٣٦٢ - ص ٤٨٧ . وفي الرأي
المطابق لما قلناه في المتن : اكتم الخول ، الصالح والهبة الوكالة - القاهرة ١٩٥٧ - فقرة
١٨٥ ص ٢٢٢ .

وانظر نظير ١٦ نوفمبر ١٩٦٨ - للخدمة ١٠٩/١٢٤/٥٠ : اعلنت المادتان ٧٠٨
و ٧١٠ مرتبطتين أنه يجوز لنائب الوكيل أن يرجع بدعوى مباشرة على الموكل يطالبه فيها
بما التزم به نحوه الوكيل الأصل (من رد ما اقتضه في تنفيذ الوكالة) وذلك سواء أكان
الموكل قد رخص الموكل الاصيل بتركيل غيره أو لم يرخص له بذلك ؟

الآمر وكيل الوكيل فإن فعل الوكيل الأول في توكيله كعمل الموكل
بنفسه فصار هو بعبارة الوكيل الأول وكيلاً للموكل « (١) » .

وقد خلا القانون المدني الفرنسي من نص مماثل للمادة ٧٠٨ فيما
يخص رجوع نائب الوكيل الأصلي مباشرة وإن كانت المادة ١٩٩٤
تنص في فقرتها الثانية على رجوع الموكل على نائب الوكيل وقد كان
عدم النص على حالة رجوع نائب الوكيل على الموكل بدعوى مباشرة
سبباً في اختلاف الفقهاء في جواز ذلك فذهب فريق من بينهم بلانيون
وربيير وسافتييه إلى عدم جواز رجوع نائب الوكيل على الأصلي
بدعوى مباشرة على أساس أن الدعاوى المباشرة لا يصح التوسع في
قبولها وهذا القول مردود بما تقدم لنا من أن ثمة علاقة تعاقدية بين
الأصيل ونائب الوكيل أنشأها الوكيل الأصلي في حدود وكالته وعلى
ذلك فدعوى أحدهما على الآخر ليست من قبيل الدعاوى المباشرة بين
من لا تربطهم علاقة تعاقدية وهي وحدها الدعاوى التي تحتاج إلى نص
يقورها وينبغى عدم التوسع في قبولها .

أما القضاء الفرنسي فلم يكن بين أحكامه ما تعرض لهذه المسألة
إلا القليل من أحكام المخاكم الابتدائية (٢) التي أجازت لنائب الوكيل

(١) المبسوط ج ١٩ ص ١٥٩ وانظر في اللغة للملك شرح المديرة مل مختصر خليل
(بهاشح حاشية المسوقي) مطبعة السعادة بصر ١٣٢٨ ج ٣ ص ٣٦٢ - ويفرق الحنايلة
بين الحالة التي يقول فيها الموكل لوكيله : وكل عمر أو يطلق له الآن وبين الحالة
التي يقول له فيها : وكل منك ، ففي الحالة الأولى بصورتيهما يقولون بقيام الرابطة
المباشرة بين الموكل والوكيل الثاني أما في الحالة الثانية فيرون أن الوكيل الثاني وكيل
الوكيل . انظر « منتهى الإرادات » القسم الأول ص ٤٤٥ - ٤٤٦ .
(٢) مجلة السنن في ٤ يناير سنة ١٨٩٣ - جازيت دي باليه ١٨٩٣/١ -
وانظر دواست ص ١٥٠ حيث يقرر أن مسألة الدعوى المباشرة غير ذات أهمية في العمل
إذا يغفل دائماً لنائب الوكيل أن يرجع على الأصيل بدعوى الإضرار على حساب الغير
لاسترداد ما يكون قد انفقته من مصروفات لنفسيه الأصيل وذلك بصرف النظر عن اعتناج
رجوعه على الأصيل بالدعوى المباشرة المستندة إلى عقد الوكالة .

الرجوع على الموكل بدعوى مباشرة (١) إلى أن أدرجت محكمة النقض الفرنسية القاعدة في هذا الباب بحكمها الصادر في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٦٠ (٢) الذي قضى بأنه : « طبقا للمادة ١٩٩٤ فقرة ثانية من القانون المدني للموكل حق الرجوع مباشرة على نائب الوكيل وبالتالي فإن لنائب الوكيل أيضا دعوى مباشرة وشخصية على الموكل لاسترجاع ما قد يكون عجله من مبالغ أو أفضقه من مصروفات وللحصول على الأجر المستحق له ... » وإذا كان مستحقا لنقض الحكم الذي لا يقبل من نائب الوكيل دعواه ضد الموكل بمقولة أن تلك دعوى ذات صيغة احتياطية ولا يسوغ استعمالها إلا في حالة إخلال الوكيل الأصلي بالتزاماته « (٣) » .

١٠٥ - ويلاحظ ما بين نص المادة ٧٠٨ من القانون الحالي (٤)

(١) هناك حكم قديم لمحكمة استئناف باريس ١٠ نوفمبر سنة ١٨١٢ - مسيريه ١٩١٢/٢/١٩٤ أجاز رجوع نائب الوكيل على الموكل بأجره من غير تأصيل للقاعدة ميرا إياها باعتبار عمل حو تجنيب نائب الوكيل مشقة الرجوع على الوكيل الأصل .
(٢) نقض مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٦٠ - دالوز ٤٩١/١٩٦١ مع تعليق بقلم بيرو .
يتنقد فيه الحكم لكونه قضى على خلاف صريح نص المادة ٢/١٩٩٤ التي انصرت على رجوع الموكل على نائب الوكيل ولم تنص على الحالة العكسية كما عيب على الحكم تجاهله مبدأ انحصار آثار التصرفات وهذا النقد مزود بما جاء في المتن من قيام علاقة عقدية مباشرة بين الموكل ونائب الوكيل نتيجة للاستنابة الصادرة من الوكيل في حدود وكالته .
(٣) انظر تعليقا آخر على هذا الحكم بقلم جيار كودنو في المجلة ربع السنوية ١٩٦١ ص ٧٠٠ وما بعدها وفيه يبرر الملحق رجوع نائب الوكيل على الموكل تبريرا سليما على أساس العلاقة التعاقدية المباشرة بينهما . ولكنه يضيف أن المبدأ الذي قرره الحكم هو جاز على الخلاف بل يجب تعديده بالصلوات التي تكون فيها الاستنابة ماثلا بها وهو ما لم يبرره الحكم بل على العكس يرى قضائه على نص المادة ٢/١٩٩٤ التي تقول : « وفي جميع الحالات ... » . مبدل قد يلهم منه أن رجوع نائب الوكيل على الموكل جاز حتى في حالة عدم الإذن في الاستنابة بينما في هذه الحالة تقتضي العلاقة العقدية المباشرة بين نائب الوكيل والموكل لتصرف الوكيل الأصل خارج حدود وكالته .

(٤) للمقابلة للمادة ٧٠٨ من القانون المدني السوري والمادة ٧٠٨ من القانون المدني الليبي والمادة ٨٨٠ من القانون المدني الجزائري والمواد ٧٨٢ - ٧٨٤ من قانون الموجهات والمقعد اللبناني والمادة ٨٨٦ من القانون المدني العراقي والمادة ١٢٧ من مجلة التزامات والمادة ٢٧ من قانون الوكالات المصري والمادة ٤٢٢ من «

وبين نص المادة ٥٢٠ المقابلة لها من القانون المدني القديم من اختلاف
 إذا كان النص القديم يجري هكذا : « يجب أن يكون الأذن للوكيل
 بأداة غيره صريحا في سند التوكيل » * مما يصححه القول بعدم
 جواز اداة الوكيل غيره عن نفسه إذا جاء التوكيل مخلوا من أى نص
 على ذلك . غير أن القضاء كان يجري في تطبيق تلك المادة على
 طريقة لا تبعد عن مدلول نص المادة ٧٠٨ الجديدة إذ قضى بأنه « ان
 كانت المادة ٥٢٠ من القانون المدني تستلزم أن يكون الأذن للوكيل
 بأداة غيره صريحا في سند التوكيل الا أنه إذا كانت طبيعة عمل الوكيل
 لا تتفق وقيامه شخصا بالعمل الموكل اليه فان سند التوكيل يحمل في
 طياته ضمنا الأذن بأداة الغير » (١) كما قضى بأن « المادة ٣٣٦ مدني
 مختلط (المقابلة للمادة ٥٢٠ أهلى) التي تحظر على الوكيل الذى
 لم يرخص له صراحة أن ينيب عنه غيره في تنفيذ الوكالة لا تقتضى بطلان
 تصرفات نائب الوكيل وللغير الذى تعامل مع نائب الوكيل بخسبن
 نية في حدود الوكالة أن يطلب اقرار التصرفات المبرمة مع نائب الوكيل
 كما لو كانت قد أبرمت مع الوكيل نفسه » (٢) *

= القانون المدني الأردني ونص الفرية الأخيرة - خلافا للقانون المصري الحال والقوانين
 العربية المطابقة له - على أنه ليس للوكيل أن يوكل غيره الا اذا كان قد أذن الموكل
 في ذلك أو فوض الأمر لرائه . وحكم القانون العراقي والقانون التونسي والقانون
 السوداني والقانون الأردني في هذه المسألة مطابق لحكم الشريعة الإسلامية . انظر مايل
 بنه ١٠٦ أما أحكام تفتين للوجبات والقود اللبناني فتختلف عن حكم القانون المصري
 والقوانين العربية المطابقة له من وجوه أهمها عدم جواز الاستعانة الا ببلن للموكل أو اذا
 كانت الوكالة عامة مطلقة ومضم النص على وجوع كل من للموكل ونائب الوكيل على
 الآخر مباشرة .

(١) حيث غير الجزئية ٣٦ مايو سنة ١٩٣٥ الحاماة ١٥ القسم الثاني رقم ٢٤١
 ص ٤٠٩ - وحكم القانون المدني في هذه النقطة مطابق لحكم الشريعة الإسلامية . انظر
 نهاية المحتاج ج٤ ص ٢٩ ومنهاج الطالبين ج٢ ص ٦٢ وكذلك أحمد ابراهيم : أحكام
 التصرف عن الغير ص ١٩٦ (حاشية)
 (٢) استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٣٦ - البلتان ٣٠٩/٤٣

وعلى هذا فإن المادة ٥٢٠ من القانون المدني القديم في تطبيقات القضاء لها لم تكن تختلف كثيرا عن المادة ٧٠٨ من القانون المدني الحالي من حيث قاذ تصرف نائب الوكيل في حق الموكل بصرف النظر عن وجود الترخيص للوكيل بأثابة غيره ، ذلك الترخيص الذي يقتصر أثره على تحديد مدى المسئولية فيما بين الموكل والوكيل .

على أنه اذا جاء النص على منع الوكيل من اثابة غيره صريحا في سند التوكيل فان الأمر حينئذ يكون متعلقا بمدى نيابة ذلك الوكيل ويكون في اثابته غيره عن نفسه رغم وجود الحظر الصريح خروج عن حدود النيابة ولا يكون تصرف نائب الوكيل نافذا في حق الأصل - شأن كل تصرف لا يدخل في نطاق مكتة النائب - اللهم الا اذا أقره صاحب الشأن أى الأصل .

القاعدة اذن أن مدى النيابة الاتفاقية يشمل اثابة النائب غيره عن نفسه في جميع الحالات باستثناء واحد هو حالة التصريح بمنع النائب من اثابة غيره (١) ففي هذه الحالة وحدها يعتبر التصرف الذي يبرمه نائب النائب حاصلا خارج حدود المكتة المعطاة من الأصل لنائبه وأخذ حكم سائر التصرفات الخارجة عن حدود النيابة .

١٠٦ - والواقع أن هناك اتجاهين بارزين في مختلف قوانين الدول بشأن الاستنابة (أى اثابة النائب غيره عن نفسه) :

الاتجاه الأول : هو اتجاه القانون الفرنسي (٢) والقوانين المستمدة منه أو المتأثرة به ومؤداه امكان قيام النائب بأثابة غيره عنه بصرف

(١) روست ص ١٤٦ وبويسكو - دامتسيانو ص ٢٧٥ .

(٢) يلاحظ أن المادة ٣٦ من مشروع تنقيح القانون المدني الفرنسي تنص على خلاف حكم المادة ١٩٩٤ من القانون المدني الفرنسي فهي تمنع الاستنابة ما لم يصرح بها في صك الاثابة أو ينص عليها القانون في حالات خاصة وبذلك يصحاز مشروع تنقيح القانون المدني الفرنسي الى الاتجاه الثاني للفتار اليه في القرن .

النظر عن الترخيص له من الأصل في تلك الاثابة ما لم يكن ممنوعا من الاستثابة بصرح نص الاثابة .

والاتجاه الثاني : هو اتجاء القانون الانجليزى وقوانين بلاد الشمال والقانون التجارى فى كل من ألمانيا والنمسا ، ومؤدى هذا الاتجاه حظر اثابة النائب غيره ما لم يكن مرخصا له فى ذلك صراحة من الأصل ، وهذا هو أيضا حكم الشرعة الاسلامية مع ملاحظة أن تفويض الأمر الى النائب يتضمن شرعا الاذن له فى الاستثابة .

وأصحاب هذا الاتجاه الثانى يعتبرونه أكثر عدالة وأشبه باحترام ارادة الأصل من الاتجاه الأول لكون الأصل فى اختيار النائب خضوعه لاعتبارات شخصية راعاها الأصل وقد لا تتوفر تلك الاعتبارات فيمن يستثيبه النائب .

أما الشرعة الفراء فالأصل فيها — كما قلنا — امتناع اثابة النائب غيره ما لم يأذن له الأصل ، فعلم الشرعة فى هذا الخصوص يتفق والاتجاه الثانى من الاتجاهين اللذين سلفت الاشارة اليهما (١) على أن الاذن للنائب بانابة غيره لا يشترط فى الشرعة أن يكون صرحا فقد يجىء ذلك الاذن ضمنيا متى كان الأصل قد فوض الأمر الى نائبه كما « لو وكل وكيلاً بشئ من التصرفات وقال : ما صنعت فيه فهو جائز ، فوكل الوكيل بذلك غيره فهو جائز » (٢) وكذلك « اذا قال لوكل للوكيل بالتقبض : اصنع ما شئت فله أن يوكل غيره

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٤١٧ « (الوكيل) هو ائمة اللع مقام نفسه لى تصرف جائز معلوم .. بكل ما يبشاهه لوكل بنفسه لنفسه .. قوله (لنفسه) أخرج الوكيل فانه لا يوكل مع أنه يبشاه بنفسه » . وص ٤٢٨ « الوكيل لا يوكل غيره الا باذن أمره لوجود الرضا » . وللبيوط ج ١٩ ص ٣٦ « الوكيل بالبيع ليس له أن يوكل غيره به .. (لأن) لوكل رضى يرى الوكيل الأول والناس يتفاوتون فى الرأى » .. ونهاية المحتاج ج ٤ ص ٢٩ « وليس لوكيل أن يوكل بلا إذن أن قال منه ما وكل فيه . ونفس لنفسى فى الأم ج ٣ ص ٢٠٧ - وللمنفى ج ٥ ص ٢٦٥ .

(٢) للبيوط ج ١٩ ص ١٥٩ .

بالقبض « (١) وعلى ذلك فإن الأصل هو حظر الاستنابة ما لم يأذن بها الأصل غير أن ذلك الاذن كما يكون صريحا قد يكون ضمنيا . كما أن فقهاء الشريعة يستثنون من هذا الحظر ، الحالة التي تكون فيها طبيعة التصرف تقتضي اقامة الغير فيه ، اذن نجد في « نهاية المحتاج » (ج ٤ ص ٢٩) قوله « وان لم يتأت ما وكل فيه لكونه لا يحسنه أو لا يليق به أو يشق عليه تعاطيه مشقة لا تحتل في المادة كما هو واضح فله التوكيل عن موكله دون نفسه لأن التفويض لمثله يقصد به الاستنابة » ، كما نجد في « المغني » (ج ٥ ص ٢١٥) قوله : « اذا كان (التصرف الموكل فيه) مما لا يعمله الوكيل عادة انصرف الاذن الى ما جرت به العادة من الاستنابة فيه ... » (وكذلك) أن يكون مما يعمله بنفسه الا أنه يسجز عن عمله كله لكثرة وانتشاره فيجوز له التوكيل في عمله أيضا لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل » .

وهذا هو حكم سائر مذاهب الشريعة الفراء (٢) .

١٠٧ - فإذا كان الأمر كذلك في النيابة الاتفاقية وجب التساؤل عما اذا كانت قاعلة جواز اقامة النائب غيره تنطبق على النيابة القانونية .

لاشك أن النيابة القانونية منظور فيها الى رعاية مصالح ناقصي الأهلية أو الغائبين ومن اليهم ولهذا فإن شخص النائب القانوني هو دائما محل الاعتبار عند اختياره والمفروض أن يتولى بنفسه أداء المهمة الموكولة اليه ولهذا كان من غير السامخ للنائب القانوني أن ينوب عنه

(١) كلمة الفقهاء ج ٢ ص ٢٨٦ - ٢٨٧ وانظر بالمعنى نفسه شرح الدردير من مختصر خليل (يهاش حاشية السوقي) مطبعة المساعدة بصر ١٣٢٨ ج ٢ ص ٢٩٢ وانظر أيضا كلام للحق في الصلحة حيثما .

(٢) انظر في الله للامام شرح الدردير على مختصر خليل ج ٢ ص ٣٩٢ الا أن يكون الوكيل لا يليق به أو يؤول ما وكل عليه بنفسه كونه في حجر الله التوكيل .. أو الا أن يكثر .. فيوكل من يشاؤك في الكثير الذي وكل فيه ليسه عليه .

غيره اناة عامة في نولي شئون مهمته وان كان لا مانع من أن ينيب عنه غيره في عمل أو أعمال معينة بل ربما كانت تلك الانابة الخاصة مما تقتضيه مصلحة الأصل لما قد يستلزمه ذلك العمل المعين من استعداد لا يتوفر في النائب القانوني ويتوفر فيمن ينبيه عنه (١) .

١٠٨ - ذكرنا أن مكنة النائب يمكن أن تقيد من أكثر من وجه وأن من تلك القيود ما يكون من حيث الشخص الذي يتعاقد معه النائب فقد تكون انابته قاصرة على التعاقد مع شخص معين من الغير أو مع واحد من أشخاص معينين كما قد تكون الانابة مطلقة من القيد من هذه الوجوه فيكون للنائب أن يتعاقد باسم الأصل مع من يرى من الأشخاص .

فاذا كانت الانابة غير مقيدة من حيث الشخص جاز أن تصور قيام النائب بإبرام التصرف النيابة مع نفسه كأن يشتري لنفسه المال المخول اليه في يمه أو يبيع للأصل شيئاً من ماله تنفيذاً للنيابة ، كما يتصور أن يكون الشخص الواحد نائباً عن اثنين في نفس الوقت فيبيع مال أحدهما للآخر مثلاً وينعقد بذلك التصرف القانوني يعمل النائب وحده دون مدخل للغير .

فيبحث « تعاقد النائب مع نفسه » يدخل بهذا الوضع في تحديد مدى النيابة ويتوقف جواز ذلك للنائب أو امتناعه عليه على معرفة مدى نيابته وتعيين حدود المكنة المعطاة له (٢) .

غير أن مسألة التعاقد مع النفس أثارت في النظر جدلاً طويلاً حول الطبيعة القانونية لمثل ذلك التصرف وحول صحته أو بطلانه .

(١) روايت ص ٧٦ ويوبسكو رامسباو ص ٢٧٢ .

(٢) « Le contrat avec soi-même pose donc essentiellement une question de pouvoirs. Et il se ramène toujours à cette question ».

Flattet : « Les contrats pour le compte d'autrui », Paris, 1950, No. 98, p. 125.

١١١

ذلك أن كل عقد يفترض تلاقى ارادتين متميزتين في صورة
 ايجاب يصدر من أحد الطرفين وقبول يصدر من الطرف الآخر فالتعاقد
 مع النفس لا يتمشى اذن مع طبيعة العقد ذاتها لأننا لا نجد الا شخصا
 واحدا والا ارادة واحدة يتمثل فيها الايجاب كما يتمثل فيها القبول
 ولهذا كان من رأى البعض أن التعاقد مع النفس هو استحالة قانونية
 وأن التعبير ذاته (التعاقد مع النفس) تعبير لا معنى له لأن لفظ التعاقد
 بذاته يستلزم طرفين متعاقدين ولا يستقيم بطرف واحد .

هذا وان الذين جوزوا التعاقد مع النفس من الوجهة النظرية
 اختلفوا في طبيعته القانونية فقريق كان يرى أنه عقد حقيقى تجتمع
 على انشاءه ارادتان ، وكان سند البعض من أصحاب هذا رأى أن
 النائب اذ يتعاقد عن الأصيل اما يعبر في الحقيقة عن ارادة الأصيل
 لا عن ارادته هو ثم انه حين يتعاقد عن نفسه بوصفه الطرف الثانى
 يعبر عن ارادته هو فيتم بهذا بناء العقد من ارادتين ، وواضح ما في
 هذا رأى من مجافاة للنظرية الحديثة في النيابة التى بمقتضاها
 يستعمل النائب ارادته هو في ابرام التصرف دون ارادة الأصيل والواقع
 أن هذا رأى قال به بعض الفقهاء الألمان في زمن سابق على بروز
 النيابة بوضعها الحالى (١) .

وقد حاول الأستاذ بيلون في رسالته (٢) أن يبرر اعتبار تعاقد
 النائب مع نفسه عقدا صحيحا وذلك بالاستناد الى الفكرة المادية
 للالتزام اذ قال انه يكفى لاعتبار العقد قائما أن ترتبط ذمتا طرفيه
 ومتى أمكن عن طريق النيابة ان يتصرف الشخص في ذمته هو باعتباره

(١) « روميه » فى بحث له ظهر سنة ١٨٧٤ . انظر يوبسكو - لامنسيانو ص ٢٨٢

حاشية من ٢٨٥ .

(٢) نبذة ١٧٠ .

أصيلا وفي ذمة غيره بوصفه نائبا فلا يوجد ما يمنع من القول بانعقاد العقد • وقد لوحظ على هذا التبرير بحق أنه يقوم على الخلط بين الالتزام وبين العقد (١) لأنه وإن صح أن الالتزام في جوهره علاقة بين ذمتين إلا أن العقد يظل دائما اتفاق ارادتين فلا بد من ارادتين متميزتين لانشاء العقد •

كما أن من أنصار اعتبار تعاقد النائب مع نفسه عقدا بالمعنى الصحيح من يبرر رأيه على أساس أن شرط انعقاد العقد ليس تلاقي ارادتين متميزتين وإنما هو تلاقي تعبيرين عن الإرادة وهذان التعبيران موجودان في حالة تعاقد النائب مع نفسه فهو يعبر عن ارادته بوصفه نائبا ثم يعبر عن ارادته بوصفه أصيلا في التعاقد فينعقد العقد نتيجة نهذين التعبيرين عن الإرادة (٢) •

وأخيرا فإن أحدث تبرير لاعتبار تعاقد النائب مع نفسه عقدا بالمعنى الصحيح يقوم على اعتبار المصلحتين الفرديتين اللتين يمسهما ذلك التصرف وعند صاحب هذا الرأي (٣) أن الصفة المميزة للتصرف القانوني بالإرادة المنفردة ليست فقط وحدة التعبير عن الإرادة وإنما أيضا وحدة المصلحة التي ينظمها التصرف فإذا أبسطت آثار التصرف على مصلحتين فرديتين لم يكن لدينا تصرف قانوني بإرادة منفردة بل كنا أمام عملية تعاقدية صحيحة وإن ابنت على تعبير واحد عن الإرادة • ويصح أن يتوجه الى هذا الرأي النقد الذي واجهه من قبل رأى ييلون وهو أنه ينطوي على خلط بين العقد وبين أثره أو بين التصرف وبين

(١) أنظر بوبسكو - دامنسيانو ص ٢٨٥ •

(٢) فون توه ص ٢٩٥ حاشية ٥١ ومن هذا الرأي أيضا الأستاذ رواسست في

دروس الدكتوراه ص ٥٢ •

(٣) هارتان دي لاموت : « التصرف القانوني بإرادة منفردة » رسالة من تولوز

سنة ١٩٥١ ص ٤٨ - ٥١ •

Martin de la Mouette : « L'acte juridique unilatéral », Thèse, 1951, pp. 48-٤٩.

الالتزام ، ذلك أن مساس التصرف بآثاره لمصلحتين مختلفتين أمر وطبيعة هذا التصرف من حيث قيامه على إرادة واحدة أو على توافق إرادتين أمر آخر ، وليس ما يمنع أن تمس إرادة واحدة أكثر من مصلحة فردية واحدة إذا أساعت ذلك قواعد نظام قانوني معين هو في حالتنا نظام النيابة .

وفريق آخر من الفقهاء لا يرون في تعاقد النائب مع نفسه عقداً بالمعنى الصحيح لافتقاده الإرادتين المنشئتين للعقد وإنما يعتبرونه تصرفاً قانونياً بإرادة منفردة وأول من نادى بهذا الرأي الفقيه الألماني روملين وتبعه فريق من الفقهاء الفرنسيين على رأسهم سالي (١) وسندهم في ذلك أن حقيقة الواقع تتنافى مع القول بتعدد الإرادة حيث لا توجد في حالات التعاقد مع النفس إلا إرادة واحدة هي التي تنشئ آثار التصرف في ذمتي الطرفين .

١٠٩ - ومهما يكن من أمر هذا الجدل النظري فإن للتشريعات المختلفة مواقف من تعاقد النائب مع نفسه فمن التشريعات ما يمنعه أصلاً ومنها ما يجيزه أصلاً غير أن هذه وتلك تستثنى من المنع حالات معينة أو تخضع الجواز لشروط معينة بحيث يصح القول بأن أحكام التشريعات المختلفة تتلاقى في النهاية بشأن تعاقد النائب مع نفسه وإن اختلفت نظرتها إليه في الأصل (٢) .

والواقع أن حقيقة المشكلة في تعاقد النائب مع نفسه هي في تضارب المصلحة الموجودة بطبيعة الأمور بين طرفي كل عقد مع ما في

(١) أنظر بويسكو - ولينسيانوف ص ٢٨٦ وأنظر سالي : الترجمة الرسمية للقانون المدني الألماني في التعليق على المادة ١٨١ ص ٢٤٢ - ومن هذا الرأي الذي يعتبر التعاقد مع النفس تصرفاً بإرادة منفردة فللاتي : العقود لحساب الغير ، باريس سنة ١٩٥٠ ص ١٣٦ بند ٩٩ .

(٢) السنهوري : نظرية العقد بند ٢٢١ .

جمع الطرفين في شخص واحد من خطر قد يحق بمصلحة الشخص الآخر ، فالنائب اذ يبيع مال الأصيل لنفسه مثلا تقوم به مظنه محاباة نفسه وتضحية مصلحة الأصيل لمصلحته هو ، كما أن النائب اذا تعاقد مع نفسه ممثلا لطرفي العقد في نفس الوقت جاز ألا تتوفر لمصالح كل منهما الحماية الواجبة ولو أن الخطر في هذه الحالة أقل من الخطر في الصورة الأولى من صور التعاقد مع النفس •

لهذا فان اختلاف أحكام التشريعات بين المنع والاباحة لا يرجع في الواقع الى اختلاف نظرتها الى طبيعة التعاقد مع النفس من الناحية النظرية وانما يرجع الى اعتبارات عملية محضة مردها الى وجود الخطر على مصلحة الطرف الآخر سواء كان النائب يتعاقد مع نفسه لنفسه أو يتعاقد مع نفسه لغيره أى نائباً عن الطرفين • ومن هنا نجد أن التشريعات التي أباحت التعاقد مع النفس استثنت من هذه الاباحة أحوالا يتحقق فيها الخطر كما أن التشريعات التي تمنع التعاقد مع النفس استثنت من هذا المنع أحوالا لا يوجد فيها الخطر ومن هنا جاء التقارب بين مختلف التشريعات •

وقد تناول القانون المدني المصري تعاقد النائب مع نفسه عند تنظيمه أحكام النيابة وذلك في المادة ١٠٨ التي نصها :

« لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء كان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل ، على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد • هذا كله مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة » (١) . وحكم هذه المادة مطابق لأحكام

(١) انظر نظري مدني ١٩ ديسمبر ١٩٦٣ - مجموعة الكتب التي ١٤/١٦٩/١١٧٣

المواد ١٠٩ من القانون المدني السوري و ١٠٨ من القانون المدني الليبي و ٧٧ من القانون المدني الجزائري و ١١٥ من القانون المدني الأردني •

ولم يكن لهذا النص العام مقابل في قانوننا المدني القديم غير أنه مع ذلك لم يستحدث حكما مغايرا لحكم القانون القديم فقد كان هذا القانون يحوى نصا تفصيليا في باب البيع (المادة ٢٥٨) يتضمن القاعدة نفسها اذ كان لا يجوز للنائب شراء الشيء المنوط به بيعه لنفسه ، وان كان يعطى الأصيل حق اقرار هذا التصرف فيصبح نافذا (١) •

والمادة ١٠٨ من القانون المدني مأخوذة بنصها من المادة ٣٧ من مشروع الالتزامات الفرنسي - الايطالي ، كما أن حكمها مطابق لحكم المادة ١٨١ من القانون المدني الألماني وعلى هذا يصح القول بأن القانون المدني المصري من التشريعات التي تمنع في الأصل تعاقد النائب مع نفسه مع استثناء الحالات التي ينتفى فيها الخطر وقد جعل معيار انتفاء الخطر ترخيص الأصيل مقدما بالتعاقد مع النفس أو اجازته اللاحقة لهذا التعاقد ولا شك في أن ترخيص صاحب الشأن أو اجازته خير ضمان لحماية مصلحته •

أما عن التحفظ الوارد في عجز المادة خاصة بما يخالف حكمها من نصوص اتفاق أو قواعد التجارة فقد بينت المذكرة الايضاحية أنه « يجوز أن تقضى بعض نصوص القانون أو بعض قواعد التجارة بصحة تعاقد الشخص مع نفسه فمن ذلك اباحة تعامل الولي مع ولده وفقا

(١) مادة ٢٥٨ مدني أهل (٢٢٥ مدني مختلط) : « لا يجوز لمن يقوم مقام غيره بوجه شرعي كالأوصياء والأولياء ولا للوكلاء المتعاقبين من موكلهم أن يشتروا الشيء المنوط بهم ببيعهم بالصفاة المذكورة فإذا حصل الشراء منهم جاز التصديق على البيع من مالك المبيع اذا كان فيه أهلية التصرف وقت التصديق » • والحكم نفسه بخصوص البيع وارد في القانون المدني العراقي اذ تنص المادة ٥٩٢ منه على أنه « ليس للوكلاء أن يشتروا الأموال الموكلة لهم ببيعها » • على أن الشراء •• يصح اذا اجازته من تم البيع لحسابه •• ••

لأحكام الشريعة الإسلامية وإباحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقا لقواعد القانون التجاري » •

وما جاءت به المادة ١٠٨ من تعليق جواز تعاقد النائب مع نفسه على ترخيص الأصل أو إجازته وعلى النصوص القانونية التي قد تبينه دليل على ما قدمناه من أن حكم تعاقد النائب مع نفسه يتوقف على بحث مدى النيابة . ذلك أن النيابة إذا كانت اتفاقية فإن مداها تحدده الاتفاقية الصادرة من الأصل كما سبق لنا تفصيله فإن كانت هذه الاتفاقية (سواء كانت سابقة أو كانت لاحقة في صورة إجازة) تخول للنائب أن يتعاقد مع نفسه جاز له ذلك ووقع تصرفه نافذا وملزما للأصل لدخوله في نطاق سلطة النائب (١) • أما في النيابة القانونية فقد قلنا أن القانون هو الذي يحدد مداها فإن إجازت النصوص التي تنظمها للنائب أن يتعاقد مع نفسه جاز ذلك التعاقد بالصورة التي حددتها النصوص وهي لا تجيز ذلك إلا في الأحوال التي ينتهي فيها الخطر على مصلحة الأصل والشروط والأوضاع التي تكفل حماية هذه المصلحة وهذا هو المقصود بعبارة المادة ١٠٨ في عجزها •

أما عن إشارة المادة ١٠٨ الى ما تقضى به قواعد التجارة فقد ذكرت المذكرة الإيضاحية أن المقصود بذلك هو إباحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقا لقواعد القانون التجاري • وإذا كان هذا هو المقصود بعبارة قواعد التجارة في المادة ١٠٨ كان في ادخالها ضمن الأحكام العامة في النيابة نظر ، ذلك أن الوكيل بالعمولة هو وكيل غير نائب لأنه يتعاقد باسمه هو لحساب الأصل فلتتحق به آثار العقد ثم ينقلها بدوره الى الأصل بينما أن التعاقد باسم الأصل

(١) على أنه نظرا لأن الأصل هو منع التعاقد مع النفس فنرى أن الترخيص بذلك يجب أن يكون صريحا ولا يصح استنتاجه ضمنا أو ادخال تصرف النائب مع نفسه في حدود الاتفاقية الظاهرية أو تجويزه عن طريق تفسير إرادة الأصل للتجلية في الاتفاقية •

شرط أساسى لتحقيق حكم النيابة وانصراف الآثار مباشرة الى الأصل
(مادة ١٠٦) ، ومتى كان الوكيل بالعمولة وكيلًا غير نائب كان فى
ادخال تصرفه عن طرفى العقد فى باب تعاقد النائب مع نفسه نظر .

هذا وواضح من الحكم الذى تضمنته المادة ١٠٨ أن تعاقد النائب
مع نفسه ليس بحال استحالة قانونية بل هو تصرف صحيح جائز بشرط
دخوله فى حدود النيابة على ما تقدم لنا بيانه ، أما اذا خرج عن تلك
الحدود فلا يقع التصرف باطلا وانما يقطع لا يحتج به على الأصل (١)
فان أقره هذا الأخير سرى عليه .

وقد جاء القانون المدنى فى مواد البيع بتطبيقات للقاعدة العامة
الواردة فى المادة ١٠٨ وذلك فى المواد ٤٧٩ و ٤٨٠ و ٤٨١ التى مؤداها
عدم جواز شراء النائب لنفسه الشيء المنوط به بيعه مالم يكن ذلك
بترخيص صاحب الشأن أو بأذن القضاء (٢) ويلاحظ على هذه
النصوص أنها ادخلت شراء السماسرة والخبراء لأنفسهم الأموال
المعهد اليهم فى بيعها أو تقدير قيمتها (المادة ٤٨٠) ضمن أحوال

(١) الأعمال التحضيرية على المادة ١٠٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٠٨)
وتلاحظ بهذا الصدد أن نص المادة ١٠٨ يستعمل تعبير « الإجازة » فى قوله « على
أن يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يعجز التعاقد » وفى هذا الاستعمال خروج عن التفرقة
للمهودة بين الإجازة confirmation ويتصد بها تصحيح أحد الطرفين لمقد قابل للإبطال
(المادة ١/١٣٩) وبين الأقرار ratification ويقصد به قبول الشخص لمقد ما كان
يحتج به عليه لولا الأقرار . وقد كان نص المادة ١٠٨ فى المشروع (برقم ١٦٦) يستعمل
تعبير الأقرار ويبدو أن استبدال تعبير الإجازة به تم فى بعض مراحل التفتيش بشرط
ال الفارق الاصطلاحي بين التعبيرين . وربما استعملنا فى المتن هنا تعبير الإجازة أحيانا
تصليا مع النص التشريعى . أنظر فى الفارق بين الإجازة والأقرار السنهورى : نظرية
المقد بند ٦٦٦ ورواست ص ٨٠ - ٨١ .

(٢) أنظر فى منع الوكلاء من شراء الشيء المنوط بهم بيعه : الهلال وسامد زكى
فى البيع بند ٢٤٣ وما بعده وأتور سلطان : المقود للسماة - شرح عقد البيع والمقايضة
(سنة ١٩٥١) بند ٤٥٢ - ٤٥٧ ويقرر المؤلف فى البند الأخير أن جزاء التبع ينطبق
البحث عنه لاقى قواعد البطان وإنما فى قواعد النيابة إذ يعتبر النائب الذى يتعاقد مع
نفسه بشرط إذن الأصل متجاوزا حدود نيابته .

الثلاث) مع أنه لا شبهة في أن السمسار أو الخير ليس نائبا ، بيد أن تعارض المصلحة - وهو الحكمة من الحظر - قائم في هذه الحالات ولا شك .

١٠٩ مكرر - وفي الشريعة الإسلامية نجد المذاهب المختلفة منقسمة بين الاتجاهين الرئيسيين في مسألة تعاقد النائب مع نفسه : اتجاه الحظر واتجاه الإباحة ، غير أن من يبيحونه يعتبرون أن الأصل هو المنع وأن الإباحة مقيدة بقيود معينة مرجعها الحرص على مصلحة الأصل ، ومن يمنعون التعاقد مع النفس منعاً باتاً نجد بينهم من يبيحه متى اتقى الخطر على مصلحة الأصل .

فالحنفية والشافعية يذهبون إلى حظر تعاقد النائب مع نفسه حظرا مطلقا سواء لنفسه أو لأصيل آخر ينوب عنه ومرجع هذا الحظر عندهم هو الاستحالة النظرية المثلثة في تولى شخص واحد طرفي العقد لا مجرد التعارض بين مصلحة الأصل ومصلحة النائب ولهذا لا يسمحون للنائب بأن يتعاقد مع نفسه حتى لو أذن له الأصل في ذلك ، ولم يذهب إلى إباحة التعاقد مع النفس في حالة انتفاء الخطر على مصلحة الأصل إلا قول مرجوح لدى الشافعية كما سنرى .

يقول في « المبسوط » : لو باع الوكيل بالبيع من نفسه أو من ابن له صغير لم يجز وإن صرح الموكل بذلك لأن الواحد في باب البيع إذا باشر العقد من الجانبين يؤدي إلى تضاد الأحكام فانه يكون مستردا مستغنيا قابضا مسلما مخاصما في العيب ومخاصما ، وفيه من التضاد مالا يخفى « (١) » .

(١) المبسوط ج ١٩ ص ٢٢ - ٢٣ ويلاحظ أن حجة تضاد الأحكام التي تعلق تبريرا لمنع تعاقد الوكيل مع نفسه لا تصح إلا في الصورة التي يكون فيها وكلا عن الطرفين مع خفاء وكالاته من أي منهما على الآخر بحيث تخلق أحكام العقد بالنسبة لكليهما به هو نفسه (انظر مايلي بند ١٥١) والا فانه أن تعاقد مع نفسه لنفسه لم يصح القول بأنه يكون قابضا مسلما مخاصما في العيب ومخاصما الخ .

ونقرأ في نهاية المحتاج : « ولا يبيع لنفسه وولده الصغير وان
نص له على ذلك وقدر الثمن ونهاه عن الزيادة ، خلافا لابن الرقعة ،
ودعواه جواز اتحاد الطرفين عند انتفاء التهمة بعيد من كلامهم اذ
منع الاتحاد ليست التهمة بل عدم انتظام الايجاب والقبول من شخص
واحد وخرج من ذلك الأب لعارض بقى من عداه على المنع » (١) .

وهكذا فان جمهور الشافعية — مثل الحنفية — يرجعون حظر
التعاقد مع النفس الى استحالة تولي شخص واحد طرفي العقد ويعتبرون
قاعدة امكان بيع الأب لولده الصغير مال نفسه وشراؤه مال الصغير —
وهي قاعدة مقررة في المذاهب الأربعة جميعا — مجرد استثناء لا يمس
أصل المنع القائم على الاستحالة النظرية ، ولهذا فان اذن الأصل
لنائبه في التعاقد مع نفسه لا يرتفع به الحظر ولو انتفت كل مظنة
لعارض الملحقين كما لو كان الأصل قد حدد الثمن في مثال
البيع ، ولم يخرج عن هذا الرأي الا ابن الرقعة في القول الذي ينقله
عنه صاحب « نهاية المحتاج » فعلى هذا القول يجوز للنائب أن يتعاقد
مع نفسه عند انتفاء التهمة أى متى لم يكن هناك أى احتمال لمحاباة
النائب نفسه أو الأصل الآخر على حساب الأصل صاحب الشأن .

أما المالكية والحنابلة فانهم وان يكن الأصل عندهم كذلك منع
تعاقد النائب مع نفسه الا أن علة هذا المنع هي تعارض المصالح القائم
بين الأصل والنائب فهي اذن علة عملية وليست استحالة منطقية تحول
مطلقا دون امكان تولي شخص واحد طرفي العقد — كما عند الحنفية
والشافعية — ولهذا أمكن للمالكية والحنابلة أن يجيزوا تعاقد النائب
مع نفسه متى أذن له الأصل فهذا الاذن خير ضمان لاتفاء الخطر

(١) نهاية المحتاج ج ٢ ص ٢٧ .

على مصلحة الأصل ولذلك يجوز التعاقد مع النفس — في مثالي
 البيع — متى كان الأصل قد حدد الثمن الذي يقبل أن يبيع به انتهى
 المخول الى النائب في يمه ولكن يشترط أن لا يكون هناك راغب في
 الشراء بأكثر من ذلك الثمن ، فجواز تعاقد النائب مع نفسه في هذه
 الصورة — والفرض أن الأصل لم يأذن — مرجعه الى ظروف قاطعة
 في الدلالة على انتفاء الخطر على مصلحة الأصل لكونه قد حدد الثمن
 الذي يرضاه من جهة ولعدم وجود راغب في الشراء بأكثر من ذلك
 من جهة أخرى •

يقول الدردير في شرحه لمختصر خليل : « ومنع يمه أى
 الوكيل •• لنفسه ما وكل على يمه ولو سمي له الثمن لاحتمال الرغبة
 فيه بأكثر ، ما لم يكن يعد تناهى الرغبات فيه أو لم يأذن له ربه في
 البيع لنفسه والا جاز ، ومجوره من صغير ومنه ورقيق غير مأذون
 فيمنع لأنه من قبيل البيع لنفسه •• بخلاف زوجته أى الوكيل وولده
 الرشيد ورقيقه المأذون فلا يمنع لاستقلالهم بالتصرف لأنفسهم بخلاف
 المحجور ان لم يحاسب لهما فان حابى منع ومضى البيع وغرم الوكيل
 ما حابى به » (١) •

وأخيرا فالحابلية — مثل المالكية — وان اعتبروا أن الأصل هو
 منع تعاقد النائب لنفسه مع نفسه الا أنهم يجيزونه متى أذن الأصل
 لنائبه في التعاقد مع نفسه فحينئذ يصح تعاقدده ويمضى في حق الأصل
 وهكذا « لا يصح بيع وكيل لنفسه ولا يصح شراؤه منها لموكله الا ان
 أذن فيصبح تولى طرفى عقد فيهما كآب الصغير » (٢) •

(١) عل حاشية حاشية الصوقي ج ٣ (مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٢٨) ص ٣٩١
 وانظر خصوصا فقهية أخرى من المذاهب الأربعة نقلها المنهوى في مصادر الحق « ج •
 ص ٢٩٩ - ٣٠٥

(٢) منتهى الإرادات - القسم الأول - ص ٤٤٨ •

ويبدو لنا أن لا تقسيم المذاهب بين حظر تمساقد النائب مع نفسه مطلقا بين إباحة ذلك التعاقد في بعض الحالات صلة بخلافها حول مسألة رجوع حقوق العقد الى الموكل أو الى الوكيل (١) فالذين يقولون برجعها الى الموكل كانوا أكثر استعدادا لاعتبار تعاقد النائب مع نفسه جائزا فأجازوه كلما انتهى تعارض المصالح بين الأصل ونائبه ، والذين يقولون برجع حقوق العقد الى الوكيل - وهم الحنفية والشافعية - وجدوا صعوبة منطقية في السماح بتعاقد النائب مع نفسه فكان الحظر لديهم مطلقا عدا في قول مرجوح لدى الشافعية (٢) .

ومتى كان الأمر كذلك وكافت حقوق العقد لا تتعلق بالوكيل الا في العقود التي يعقده باسمه شخصيا لا باسم الموكل وذلك في المذاهب كلها جاز أن تتساءل عما اذا كان منطق فقهاء الحنفية والشافعية لا يؤدي الى القول باتفاء الاستحالة النظرية التي جعلوها أساسا لحظر التعاقد مع النفس كلما كان العقد الذي يعقده النائب مضافا الى الأصل أي معقودا باسمه وليس فقط لحسابه ، اذ في هذه الحالات لا تتعلق حقوق العقد بالوكيل اتفاقا وانما تتعلق بالموكل فلا يكون ثمة ذلك « التضاد في الأحكام » الذي يجعل الشخص الواحد مستردا مستقضيًا ، قابضا مسلما مخصصا في العيب ومخصصا . ان الاجابة على هذا التساؤل بالاجاب اقرب الى القول بالنسبة للحنفية الذين ربطوا حظر التعاقد مع النفس بتضاد الأحكام على الوجه

(١) انظر ما يلي بند ١٥٢ وما بعده .

(٢) يقول السرخسي بعد ايراد قاعدة حظر التعاقد مع النفس على الوجه الذي قلناه في المتن « وهو يبيء على أن حقوق العقد عندنا تتعلق بالوكيل » . وعمل قول الشافعي رحمه الله حقوق العقد تتعلق بالموكل وليس للوكيل من ذلك شيء المبسوط ج١ ص ٢٢-٢٤ . ونجد هنا اللبس ذاته فيما ينقله الحنفية عن الشافعية في مسألة حقوق العقد على ما سنوضحه في البندين ١٥١ و ١٥٢ وظهر مما قلناه في المتن هنا أن الشافعية مثل الحنفية يقولون بمنع التعاقد مع النفس على أساس استحالة النظرية .

السالف ، أما الشافعية فلا يبدو أن رجوع حقوق العقد الى الموكل مؤثر في منطقتهم لأنهم انما يرجعون حظر التعاقد مع النفس الى « عدم انتظام الايجاب والقبول من شخص واحد » وهي صعوبة لا تزول بمجرد تعلق حقوق العقد بالموكل لأنها متعلقة بتكوين العقد لا بآثاره .

١١٠ - واذا جاز لنا أخيرا أن نفتار بين مختلف أوجه النظر الى طبيعة تعاقد النائب مع نفسه فاننا نرى الأقرب الى الأمر الواقع أن يقال ان تعاقد النائب مع نفسه تصرف قانوني بإرادة منفردة ينصرف أثره الى كل من ذمتى الطرفين ، ففي صورة تعاقد النائب مع نفسه تنتج إرادته آثارها في ذمته - الأمر الذي يملكه أصلا - كما تنتج آثارها في ذمة الأصيل التي هو مسلط عليها بحكم نيابته ، وفي صورة تعاقد النائب مع نفسه لغيره تنتج إرادته آثارا قانونية في ذمتى الطرفين بحكم نيابته عنهما معا .

١١١ - ومتى تحدد مدى النيابة وتعين حدود مكنة النائب على الوجه المتقدم فإن ما خرج عن تلك الحدود من تصرفاته لا يتحقق فيه حكم النيابة فلا تنصرف آثاره الى الأصيل الا في حالات معينة ليست في الواقع استثناء من هذه القاعدة بقدر ما هي إعادة نظر في حدود النيابة :

١ - فأولى هذه الحالات هي حالة الاقرار - ذلك أن الأصيل قد يقر تصرفا قام به النائب خارج حدود نيابته وبديهي أن الأصيل وهو يملك تخويل النائب مكنة معينة قبل اجراء التصرف يملك كذلك تخويله تلك المكنة بعد أن يكون قد تصرف وعلى هذا الوجه يمكن أن يقال أن الاقرار ليس الا اناة لاحقة للتصرف ذات اثر رجعي ولذا

فإن شرط صحته أن يكون المقر عالما بأن التصرف الذي يقره خارج عن حدود النيابة ويقره قاصدا إضافة أثره الى نفسه (١) .

وقد كان الاقرار محل تصوير خاطيء في الفقه الفرنسي من زمن فقد كان النائب يعتبر في موقف من يتقدم للأصيل بعرض مضمونه التصرف الذي عقده مع الغير (٢) وكان الأصيل يعتبر باقراره ذلك التصرف كمن يعقد مع الغير عقدا جديدا وذلك باعتبار أن تصرف النائب مع الغير قبل الاقرار ليس تصرفا مكتملا وأنه لا يكتمل الا بقبول الأصيل في الاقرار (٣) .

الا أن خطل هذا التصوير وبعده عن حقيقة النيابة لم يلبث أن اتضح واطرحت تلك الفكرة القديمة واستقر الرأي على أن الاقرار لا يكون عقدا جديدا بين الأصيل والغير وإنما هو تصديق على عقد موجود فعلا بين النائب والغير وهو تصديق يسد الثغرة التي كانت ناشئة عن تجاوز حدود النيابة وبذلك يتم حكم النيابة بأثر رجعي فتتصرف آثار العقد الى الأصيل من وقت إبرام العقد بين النائب

(١) حكم محكمة النقض ٦ أبريل سنة ١٩٥٠ - مجموعة أحكام محكمة النقض (المدلية) السنة الأولى رقم ١٠١ ص ٤٠١ :

« الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة ويجب لاقرار ما يبشره خارجا عن هذه الحدود أن يكون للمقر عالما بأن التصرف الذي يقره خارج عن حدود الوكالة وأنه قد أقره قاصدا إضافة أثره الى نفسه » .

ويستوى أن يكون المتصرف نائبا متجاوزا حدود نيابته وأن يكون شخصا لا صلة له أصلا . انظر نقض مدني ٢٨ ديسمبر ١٩٦٧ - مجموعة الكتب الكني ١٨/٢٩٢/١٩٣٣ وفي واقعة الطعن الذي صدر فيه هذا الحكم كان أصل النيابة منتفيا وقت التماثل غير أن للحكمة رتبته على اقرار الاصيل سريان المقد في حقه ، وهذا هو ما قص عليه في خصوص بيع ملك الغير المادة ٤٦٧ من القانون المدني المصري .

انظر أيضا نقض مدني ٦ أبريل ١٩٧٢ - مجموعة للكتب الكني ٢٣/١٠١/٦٤٨ .
(٢) ديلامار وليواتان : موسوعة عقد الوكالة بالمعولة ج ١ بند ١٨١ الفصل السادس - مشار اليه في بوبسكو - رامبسيانو ص ٣٤٣ .
(٣) لوران ج ٢٨ بند ٦٩ مشار اليه في بوبسكو - رامبسيانو ص ٣٤٤ .

والغير ، وهو ما يتفق والنظرية الحديثة في النيابة التي مؤداها أن العقد إنما يتم باتفاق ارادة النائب مع الغير دون مدخل لارادة الأصل على ما أسهنا فيه في موضعه من هذا المؤلف .

وبدعى أن الاقرار وهو تعبير عن ارادة الأصل — مثله مثل الانابة — قد يكون صريحا وقد يكون ضمينا وغالبا ما يستتج ضمنا من ابتداء الأصل في تنفيذ العقد الذي أبرمه نائبه مع الغير .

١١٢ — ولم ينص القانون المدني المصري على مهلة معينة يصدر خلالها الاقرار سواء في حالة الفضالة (م ١٩٠) أو في حالة تجاوز الوكيل حدود نيابته (م ٧٠٣) هذا مع أن العقد الذي يبرمه باسم آخر شخص لا صفة له أو نائب جاوز حدود نيابته هو عقد غير نافذ ولكنه في الوقت نفسه قابل للنفاد ، وهو لذلك يمثل بالنسبة لذوى الشأن جميعا وضعا قلقا من المصلحة أن يستقر اما بنفاذ العقد في حق من أبرم باسمه واما باعتباره غير قائم .

لهذا تنص بعض القوانين كالقانون المدني العراقي (م ٩٤٤)
فقرة (٢) والقانون المدني الألماني (م ١٧٧ فقرة ٢) وقانون الالتزامات
السويسرى (م ٣٨ فقرة ٢) والقانون المدني الايطالى (م ١٣٩٩
فقرة ٤) كما تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٨ من مشروع المعهد
الدولى لتوحيد القانون الخاص على حق الغير في تحديد مهلة معينة
يجب أن يتم خلالها الاقرار ، والقانون الألماني خاصة بنص على تحديد
تلك المهلة بأسبوعين من تاريخ اعدار الغير للأصيل طالبا منه اتخاذ
موقف من المقدار اقرارا أو رفضا للاقرار ، فإذا انقضى الأسبوعان
اعتبر سكوت الأصل رفضا للاقرار ولم يعد له أن يقر العقد بعد
ذلك .

وتحديد مهلة معقولة يلتزم الأصل خلالها باقرار العقد بحيث

إذا انقضت بغير أن يصدر الاقرار أصبح الغير في حل من ذلك العقد
يرمى ، كما هو واضح ، الى التقصير من أمد عدم استقرار الوضع
النشئ عن تجاوز النائب حدود نيابته أو تصرفه بغير صفة له في
التصرف .

وقد يتولى القانون نفسه تحديد تلك المهلة كما فعل القانون
المدني الألماني اذ حددها - كما رأينا - بأسبوعين من تاريخ اعذار
الغير للأصيل بإبداء رأيه في الاقرار أو في عدم الاقرار (المادة ١٧٧
فقرة ثانية من القانون المدني الألماني) أو قد يكتفى القانون بإعطاء
الغير المتعاقد حق تحديد تلك المهلة في اعذاره للأصيل كما فعل القانون
المدني العراقي (المادة ٩٤٤ فقرة ثانية) والقانون المدني الايطالي
(المادة ١٣٩٩ فقرة رابعة) وقانون الالتزامات السويسري (المادة ٣٨
فقرة ثانية) وفي جميع الأحوال يعتبر انقضاء المهلة دون صدور الاقرار
عن الأصيل رفضا له ويحلل المتعاقد من العقد الذي أبرمه معه شخص
لا صفة له أو نائب تجاوز حدود مكتبته .

والتقنين المدني المصري وإن يكن قد خلا من نص بشأن تحديد
مهلة للاقرار أو بشأن امكان الرجوع في العقد قبل الاقرار الا أن
المشروع التمهيدى كان يحوى في المادة ٩٩٠ منه نصا مؤداه تمكين
الغير من تحديد ميعاد مناسب للأصيل يقر فيه الاتفاق على أن يتحلل
المتعاقد اذا لم يصدر الاقرار في الميعاد المحدد كما نصت تلك المادة
كذلك على جواز رجوع الغير في العقد قبل صدور الاقرار « الا اذا
كان يعلم أن الوكالة غير موجودة ، أو كان ينبغي أن يكون عالما
بذلك » . وقد حذفت المادة ٩٩٠ من المشروع التمهيدى في لجنة
المراجعة « اكفاء بما تقدم من أحكام النيابة » ، والرأى أن ما جاء في

النص المحذوف من أحكام لا يخرج عن القواعد العامة فليس ما يمنع من العمل بها في القانون المصري برغم خلوه من النص عليها (١) .

وإذا كان الغير عالما بأنه يتعاقد مع غير ذي صفة أو مع نائب يتجاوز حدود نيابته فليس له أن يتدخل من إيجابه حتى يعلن الأصل موقعه (٢) وفي مثل هذا الوضع تفسر الحاجة إلى تحديد مهلة معقولة يعلن خلالها الأصل موقعه حتى لا تطول فترة عدم الاستقرار الناشئ عن وجود عقد غير نافذ لا يستطيع المتعاقد الرجوع فيه .

١١٣ - ٢ - وحالة ثانية تصرف فيها إلى الأصل آثار تصرف النائب خارج حدود الانابة وهي حالة كون تصرف النائب نافعا للأصل (٣) والواقع أن النياية في هذا الفرض تستند إلى فضالة لا حاجة معها إلى اقرار لكون التصرف نافعا نفعا محضاً وبذلك يتحقق حكم النياية وينصرف أثر التصرف إلى الأصل رأساً رغم خروج التصرف عن حدود نيابته كما رسمتها الانابة الصادرة من الأصل . ومن أمثلة ذلك في العمل أن يعمد وكيل خاص تقتصر انابته على إدارة محل تجارى (مثلاً) إلى انتهاء عقد إيجار منزل الأصل الذى اضطر إلى مفادرة البلاد في حالة حرب وذلك لاتسمائه إلى طائفة

(١) السنهوري : الوسيط ج ٧ ، المجلد الأول ، صفح ٣٠٥ .

(٢) نفس ١٤ نوفمبر ١٩٦٨ - المضافة ١٠٤/١٢١/٥٠ المبدأ الخامس . وهذا المبدأ متصوص عليه صراحة في القانون رقم ١٧٨ (م ١٧٨) .

(٣) انظر حكم محكمة الاستئناف المختلطة ٣١ يناير سنة ١٩٣٥ المضافة المصنة ١٦ رقم ٢٤٧ من ٥٥٠ والبلتان المصنة ٤٧ من ١٤١ - الأعمال التي يعملها الوكيل خارجاً عن حدود وكالته لا تعتبر لافية إلا إذا ثبت أن للوكيل لم تحصل له فائدة منها وإلا التزم في حدود السلطة المأصلة له . - ونفس الحكم محكمة استئناف باريس ٢٥ يوليو سنة ١٩٢٩ - حوكيات القانون التجارى سنة ١٩٢٩ من ٢٧٣ وحكم محكمة استئناف الجزائر ٧ يوليو سنة ١٨٩٩ - جالوز ١٩٠١/٢/١٨١ .

لم يكن يقاؤها مرغوبا فيه (١) فهذا الانهاء الذى يخرج عن حدود النيابة ينصرف أثره الى الأصل رغم ذلك متى استتجت المحكمة من ظروف الدعوى أنه كان نافعا للأصل .

وبدخل فى هذا الباب الحكم الذى استحدثته المادة ٧٠٣ فقرة ثانية من القانون المدنى المصرى الحالى (٢) التى نصها « على أن له (للوكيل) أن يخرج من هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يتطلب معها الظن بأن الموكل ما كان الا ليوافق على هذا التصرف ، وعلى الوكيل فى هذه الحالة ، أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة » . وقد اعتبر هذا النص تطبيقا لقواعد القضاة (٣) فهو على هذا الوضع داخل فى عموم الحالة الثانية من الحالات التى ينصرف فيها الى الأصل أثر تصرف النائب رغم تجاوزه حدود النيابة ويأخذ حكمها .

(١) انظر حكم محكمة استئناف باريس ٢٩ مارس سنة ١٩٤٦ - دالوز ١٩٤٦ ص ٢٢٧ وقد صدر بالقرار انهاء إيجارة احد اليهود الذين اضطروا لمغادرة البلاد وقد قرر هذا الحكم مبدأ وجوب الرجوع الى الوقت الذى حصل فيه التصرف لتقرير كونه نافعا أو غير نافع للأصل وذلك بدون تأثير بالظروف التى قد تكون طرأت بعد ذلك وبغير من وضع الأمور ، وفى واقعة الدعوى لم تر المحكمة أن تطور الحوادث بما سمح لليهود بالعودة والتوطين فى البلاد له وزن فى تقدير نفع التصرف وعلى ذلك أقرته رغم تلك الظروف الجديدة .

(٢) هذه المادة تقابلها فى التقنين للملئى السودانى المادة ٦٦٩ وفى التقنين المدنى الليبي المادة ٧٠٣ وفى التقنين للملئى العراقى المادة ٩٣٣ وفى تقنين الموجبات والفرد اللبناني المادة ٧٧٩ وفى قانون الوكالة السودانى المادة ٣/١٠ وفى التقنين المدنى الجزائرى المادة ٥٧٥ .

(٣) السنهورى : الوسيط ج ١ بند ٨٨ ص ١٩٨ حاشية ١ - وانظر فى الجزء السابع - المجلد الأول من « الوسيط » بند ٢٤٩ ص ٤٥٩ - ٤٥٧ تطبيقا آخر لحكم المادة ٢/٧٠٣ يخرج عن القضاة ويرجعه الى نيابة قانونية اضطلعها القانون فى هذه الحالة على الوكيل فيما يماثل حقد الوكالة واستنادا الى إرادة ضمنية للموكل متى دلت الظروف على أنه « ما كان لا يوافق » على تصرف الوكيل والموكل على الآخر فى علاقتهما هذا التكليف الجديد يرجع الى أن دجوع كل من الوكيل والموكل على الآخر فى علاقتهما الدخيلة يكون فى هذه الحالة أيضا بموجب عقد الوكالة لا بموجب قواعد القضاة وهى عادة تكون أشيق من قواعد الوكالة .

١١٤ - ٣ - وثالثة هذه الحالات هي حالة وجود ظروف من فعل الأصيل من شأنها إعطاء الغير فكرة عن النية أوسع من حقيقة الأمر في الانابة فهنا تعتبر التصرفات العاصلة ضمن حدود تلك المكنة الظاهرة حاصلة بطريق النية ومنصرفه آثارها الى الأصيل . وستناول فيما بعد بتوسع أكبر هذه النظرية التي أقام بناءها عديد من أحكام القضاء حماية للغير ومحافظة على استقرار المعاملات (١) .

١١٥ - قلنا أن تحديد مدى النية - على أساس ما تقدم - أمر يرجع الى إرادة الأصيل المتجلية في الانابة وأن المسألة في حالات القموض والاستبهام هي مسألة تفسير تلك الإرادة على ضوء ظروف الحال .

ولكن الانابة متى صدرت من الأصيل بحدودها المعينة قد تقتزن بتعليمات صادرة منه الى فائيه خاصة بكيفية استعمال النائب للمكنة المخولة اليه بمقتضى الانابة ومبينة للظروف والأحوال والشروط التي قد يشاء الأصيل أن يقيد بها استعمال تلك المكنة .

فما هو مقدار ارتباط تلك التعليمات بموضوع بحثنا في مدى النية وهل لها تأثير في تحديد ذلك المدى وهل ينبغي وضعها موضع الاعتبار عند تعيين حدود مكنة النائب في إبرام تصرفات باسم الأصيل ؟ الواقع أن تلك التعليمات لا يمكن اعتبارها عنصرا من عناصر الانابة وانما هي تتعلق بالمقد الذي تستند الانابة اليه من وكالة او غيرها ، فتعليمات الأصيل تلزم النائب بمقتضى الوكالة (مثلا) التي يربطه بالأصيل بأن يتصرف في حدود تلك التعليمات ولكنها لا تقيد من 'لمكنة القانونية المخولة له بمقتضى الانابة اذا جاءت هذه الأخيرة عبر مقيدة بمثل ما يرد في التعليمات .

(١) انظر ما يلى بند ١٢٣ ما يهـ .

مثال ذلك : (١) ينبغي عنه (ب) في شراء عقار في منطقة معينة ويصدر اليه في الوقت نفسه تعليمات خاصة ببعض أوصاف العقار المطلوب شراؤه كأن لا يقل عن مساحة معينة أولا يزيد ثمنه على مبلغ معين فإذا اشترى الوكيل عقارا في المنطقة المحددة في الاثابة ولكن مخلفا للأوصاف الواردة بتعليمات الأصيل فإن العقد مع ذلك تنصرف آثاره الى الأصيل لدخوله في حدود النياية ولكن يبقى للأصيل أن يرجع على نائبه بما تستتبعه مخالفة هذا الأخير لالتزاماته الناجمة عن عقد الوكالة أعنى وجوب اتباع تعليمات الموكل .

وقد لا يكون أمثال الحالة السالفة الذكر مما يندر وقوعه في العمل وذلك لأنه يحدث كثيرا أن تصاغ الاثابة في عبارات عامة تسهلا لتعامل النائب مع الغير وتمكيننا كذلك للنائب من تدبر مصلحة الأصيل بشيء من التصرف على أن يقيّد النائب بتعليمات تصدر اليه من الأصيل (١) وهى تعليمات تخص العلاقة الداخلية بينهما من وكالة أو عمل الخ ... فلا أثر لها - على ما قدمنا - في تقييد المكتنة المخولة للنائب بمقتضى الاثابة (٢) .

(١) أنظر تون تومر من ٢٩٢ - ٢٩٤ والمناقشة رقم ٤٣ - وكذلك بلجساي من ٦١ .
(٢) حكم الاستئناف المخطئ ١٨ أبريل سنة ١٩٢٩ الحاماة ١٢٦٥/٥٧٢/٢ :
« الاتفاقات الحاصلة بين الموكل والوكيل بشأن تأجير عقار ما والقيدة لسلطة الأخير لا يحتاج بها على المستأجر الذى تعامل مع الوكيل بعد اطلاعه على عقد الوكالة الذى يمنح الوكيل سلطة تامة من حيث اختيار المستأجر وقيمة الإيجار ومدة التأجير » .
وحكم محكمة الاسكندرية الابتدائية ٢١ أبريل سنة ١٩٥٧ (الحاماة ١١٢٥/٥١٤/٣٨)
« متى تصرف الوكيل مع الغير في حدود الوكالة الصادرة اليه فله تصرفه في حق الموكل وإن كان التوكيل قد صدر من أجل عملية معينة متفق عليها بين الموكل والوكيل وذلك لأن عبارات التوكيل إذا لم يرد فيها ذلك التخصيص فمن حق الغير أن يطعن الى ذلك التوكيل ويتعامل على أساسه » . وينص الفصل ١١٥٤ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية على هذه القاعدة صراحة لا يقول : « أما القيود والعقود المرية التي بين الموكل والوكيل ولم ينص عليها في التوكيل فلا تكون حجة على الغير إلا إذا ثبت عليه العلم بها وقت العقد » .

ونظر في الثامنة نفسها في القانون الأمريكى كوربولا بند ٥٢ ص ٢٥ Corpus Juris Secundum بند ١٦٥ و Person بند ١٥٢ وأنظر في القانون الانجليزى سمولجر ص ٣٦ و ١٥٩ .

١١٦ - وليس هذا الا نتيجة طبيعية لقاعدة استقلال الانابة عن العقد الذى تصدر بمناسبةه وتمشيا مع التمييز بين وجهى النيابة: وجه العلاقة الداخلية بين النائب والأصيل ويحكمها ما يربطهما من وكالة أو عقد عمل أو غير ذلك ، ووجه العلاقة الخارجية التى تربط الأصيل بالغير عن طريق الانابة وكنتيجة لاستعمال النائب للمكنة التى تخوله اياها هذه الانابة .

وقد أبرزت محكمة النقض المصرية التفرقة التى نوهنا بها بين وجه علاقة الأصيل بالنائب وبين وجه العلاقة التى تربط الغير بالأصيل عن طريق النيابة فقررت أنه :

« متى كان التوكيل الصادر الى وكيل المطعون عليهما يبيح له اجراء الصلح والنزول عن الدعوى وكان الصلح الذى عقده مع الطاعنين فى حدود هذه الوكالة قد استوفى شرائطه القانونية بأن تضمن نزول كل من الطرفين على جزء من ادعاءاته على وجه التقابل حسما للنزاع القائم بينهما وكان الحكم المطعون فيه اذ لم يمتد بهذا الصلح واذا قرر أن الوكيل لم يراع فيه حدود وكالته أقام قضاءه على أن الصلح الذى عقده فيه غبن على موكله ، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون ، ذلك لأن هذا الغبن على فرض ثبوته لا يؤدى الى اعتبار الوكيل مجاوزا لحدود وكالته ، وانما محل بحث هذا الغبن وتحديد مدى آثاره يكون فى صدد علاقة الوكيل بموكله لا فى علاقة الموكلين من تعاقد مع الوكيل فى حدود الوكالة » (١) .

وليست لنا على هذا المبدأ القويم الا ملاحظة لفظية وذلك حيث تقول محكمة النقض أن « هذا الغبن على فرض ثبوته لا يؤدى الى اعتبار الوكيل مجاوزا لحدود وكالته » ، والأصوب عندنا أن يستبدل

(١) نقض ٢٢ أكتوبر ١٩٥٢ - الحامدة ٢٥ - ٢٤٦ - ٨٨٧ .

لنظ « الانابة » بلفظ « الوكالة » فالصحيح أن يقال ان ما قد يقع في عقد الصلح الذي يبرمه الوكيل من غبن لا يؤدي الى اعتبار الوكيل متجاوزا حدود الانابة الصادرة له من موكله ومن ثم ينفذ تصرفه في حقهم ، أما عقد الوكالة الذي يربط الوكيل بموكله فهو يلزمه بتحري مصلحة الموكل وببذل عناية الرجل المعتاد في تنفيذ الوكالة (المادة ٧٠٤ مدنى) وعلى ذلك فمتى أبرم الوكيل عقدا فيه غبن الموكل كان مسئولا عن ذلك أمام موكله في نطاق عقد الوكالة .

١١٧ - وظاهر أن عدم الاعتماد في تحديد مدى النيابة بالتعليمات الصادرة من الأصل أو بالفرض الذى من أجله صدرت الانابة هو أمر يقتضيه استقرار المعاملات طالما كانت تلك التعليمات وذلك الفرض أمرا منحصرا بين الأصل والنائب ومتعلقا بالعلاقة الداخلية بينهما ، تلك العلاقة التى لا يفترض في الغير العلم بها أو التحرى عن تفاصيلها ، وما دامت هذه هى حكمة القاعدة فقد يبدو غير مقبول على علته ما يراه بعض المؤلفين (١) من عدم تأثير علم الغير بالتعليمات على اطلاق القاعدة فيظل العقد المبرم بين النائب وهذا الغير منصرف الآثار الى الأصل . والأقرب الى الصواب فيما نرى أن يقال انه اذا كان الغير الذى يجهل تعليمات الأصل مستحق الحماية فإن الغير الذى يعلم بتلك التعليمات لا يستحق الحماية عنها ولا خروج على مستلزمات استقرار المعاملات في عدم اعتبار عقد هذا الغير مع النائب - خارج نطاق التعليمات - منصرف الآثار الى الأصل . على أن صاحب هذا رأى لا يطلقه في جميع الأحوال بل يفيد بحسن التيه اد بقول ان الغير الذى يتواطأ مع النائب على ابرام عقد مخالف لتعليمات الأصل اضرارا بهذا الاخير لا تصرف آثار عقده

(١) لون نوهر من ٢٩٤ .

الى الأصل ، ونرى أنه متى وضع حسن النية موضع الاعتبار تعذر أن ينفذ عقد النائب مع كل من كان من الغير عالما بتعليمات الأصل اذ تعذر نسبة حسن النية الى مثل هذا الغير سواء اكان متواطئا مع النائب أو غير متواطئ .

١١٨ - قلنا ان ما يجريه النائب باسم الأصل من تصرفات في حدود نيابته ترجع آثاره الى الأصل مباشرة (مادة ١٠٥) ومستناول ذلك بالتفصيل عند كلامنا على آثار النيابة ، ولكن ما حكم التصرف الذي يجريه النائب خارج حدود نيابته ؟ لاشك أن مثل هذا التصرف لا تنصرف آثاره الى الأصل ولكن هل تترتب عليه مسؤولية على النائب قبل الغير وما هو سند هذه المسؤولية وما مداها ؟

هذه كلها مسائل تتصل بموضوع مدى النيابة وقد فضلنا لذلك أن نبحثها في هذا الفصل عن أن تتناولها مع آثار النيابة كما فعل معظم من كتب في الموضوع ، ذلك أن بيان أثر تصرف النائب خارج حدود نيابته انما يتناول الأحكام التي تنبني على تجاوز حدود النيابة ولا يمكن بغير تجوز كثير ادخالها ضمن آثار النيابة لأنه لا نيابة في الواقع في مثل هذه الحالات .

ولا يخرج الأمر في هذه الحالات بالنسبة للغير الذي يتعامل مع النائب عن صورتين :

١ - فقد يكون الغير عالما باتقاء صفة النائب في التصرف الذي يجريه - اما لعدم وجود اقامة أصلا واما لخروج ذلك التصرف عن حدودها - وهذه هي الحالة العادية للقضالة . وفي هذه الصورة لا محل لترتيب أية مسؤولية على النائب أو على المتخذ لصفة النائب وذلك لعلم

انغير بحقيقة الواقع علما من شأنه انتفاء ضرورة حمايته بتحميل النائب مسئولية ما (١) .

٢ - وقد يكون الغير جاهلا انتفاء صفة النائب في التصرف الذي يجريه أى معتقدا وجود الانابة ودخول التصرف في حدودها ، وهذه الصورة تقتضى البحث في المسئولية التى تقع على عاتق النائب أو المتخذ لصفة النائب بالنسبة للغير المتعاقد معه . فما هو أساس هذه المسئولية وما مداها ؟

١١٩ - مؤدى نظام النيابة أن النائب وإن كان له الدور

(١) كانت المادتان ٥٢٣ و ٥٢٤ من القانون المدني المصرى القديم تنصان على ما يأتى :
مادة ٥٢٣ - « الوكيل الذى يحمل عملا على ذمة موكله بدون أن يخبر بتركيله يكون هو المسئول لغير من عامله »
مادة ٥٢٤ - « أما اذا اشير أن عمله للموكل وعلى ذمته فلا يترتب عليه الزام غير اثبات التركيل ولا يكون مسئولاً أيضاً عن تجاوز حدود ما وكل فيه اذا أعلم من يعمله بسمة وكالته »

ويضمن القانون المدني الفرنسى نفس الحكم فى المادة ١٩٩٧ منه .
وقد صدر القانون المدني المصرى خلواً من نص مقابل غير أنه يجب أن لا يستنتج من ذلك قصد المشرع الى الخروج عن هذا الحكم الذى يتفق ومقتضيات المنطق والعدالة خاصة وأن المرسوم التمهيدى للتقنين الحالى كان يحوى النص على هذا الحكم فى المادة ١٩١ منه التى حددت فى لجنة المراجعة « اكفاء بما تقدم من أحكام النيابة » ولا خلاف فى الفقه على تطبيق حكم المادة للحطولة رغم حذفها (السنهورى : الوسيط ج ٧ ، للجلد الأول ، بند ٣٠٥) .

ومن تطبيقات القضاء المصرى لهذه القاعدة حكم محكمة الاستئناف المختلطة فى فبراير سنة ١٩٣٣ البلتان ١٦٧/٤٥ .

« Qu'il y ait erreur du mandataire seul sur l'étendue de ses pouvoirs, ou même erreur commune de celui-ci et celui avec qui il traite, cette erreur ne saurait donner lieu à responsabilité personnelle du mandataire, si le tiers s'est rendu compte ou a dû se rendre compte du vice de l'acte ». Cour d'Appel Mixte 9 Février 1933 B. 45/567.

وهذا الحكم منصوص كذلك فى الحماية السنة ١٤ القسم الثانى رقم ٣٤١ من ١٦٧ ويلاحظ أنه سوى فى الحكم بين حالة علم الغير بحدود الانابة وبين حالة القراض عليه بها حتماً . ومن التطبيقات القضائية للماتلة أحكام الاستئناف المختلط ٣٦ نوفمبر سنة ١٩٠٢ البلتان ١٢/١٥ و ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ البلتان ١٥٥/١٥ و ١٢ يناير سنة ١٩٠٥ البلتان ٧١/١٧ و ١٥ يوليو سنة ١٩٢٢ البلتان ٤٨٤/٣٤ .

الأول في إيراد التصرف القانوني إلا أنه بعيد كل البعد عن آثاره فهذه الآثار تنصرف مباشرة إلى الأصل ولا شأن للنائب بها مطلقا فإذا امتنع انصراف هذه الآثار إلى الأصل بسبب انتفاء صفة النائب فلا يكون مؤدى ذلك انصراف تلك الآثار إلى النائب نفسه لأن هذا الأخير لم يكن يتعاقد باسمه ولم تتجه إرادته إلى التصرف لحسابه وعلى هذا فالمسئولية التي تترتب على هذا الوضع فيما بين النائب والغير لا يمكن أن تستند إلى العقد المبرم بينهما فإن هذا العقد لا يمكن أن يكون منشأ لآثاره في ذمة النائب . هذا هو مؤدى منطلق النيابة ، والنتيجة المباشرة لذلك هو استبعاد استمداد مسئولية النائب قبل الغير من العقد المبرم بينهما وبالتالي استبعاد شمول تلك المسئولية للالتزامات الناشئة عن ذلك العقد بحيث يلزم بتنفيذها النائب الذي تجاوز حدود نيابته أو تعاقد بغير صفة .

فإذا لم تتبع مسئولية النائب عن ذلك العقد غير النافذ فمما هو مصدرها ؟ الجواب هو أن تلك المسئولية ان امتنع أن تكون عقدية فهي لا يمكن إلا أن تكون تقصيرية فيلتزم النائب بتعويض الغير على أساس الخطأ الذي وقع فيه باخفاؤه عن المتعاقد معه حقيقة اتساع نيابته .

غير أن إقامة مسئولية النائب على أساس الخطأ لا تحقق الحماية الكاملة للغير المتعاقد مع النائب ، أولا لتعذر نسبة الخطأ إلى النائب لمجرد كونه قد تجاوز حدود نيابته أو تعاقد بغير صفة دون أن يصطحب ذلك بطروف من شأنها تبرير نسبة الخطأ إليه ، وكثيرا ما يكون مثل هذا النائب حسن النية آملا إجازة الأصل للعقد أو غير متنبه إلى تجاوز حدود النيابة . وثانيا لأن عبء الإثبات في كل مسئولية تقصيرية هو على مدعى الخطأ وقد يتعذر على الغير في كثير من الصور إثبات حصول الخطأ من النائب .

١٢٠ - لذلك اتجه تفكير كثير من الفقهاء في فرنسا وفي ألمانيا قبل صدور قانونها المدني الى البحث عن أساس آخر لمسئولية النائب الذى يتجاوز حدود نيابته أو يتعاقد بغير صفة • وبرز هذه الاتجاهات هو • ارتأه إيرنج (وتابعه في فرنسا سالى) من ادخال هذه الصورة ضمن فكرة عقد الضمان التى وضعها إيرنج ومؤداها أن كل عقد بين شخصين يكون مصحوبا باتفاق ضمنى تابع مؤداه أن يضمن كل طرف للطرف الآخر صحة العقد الأصيل واستيفائه لجميع الشروط المطلوبة قانونا لنفاذه بحيث اذا كان العقد الأصيل باطلا أو لم ينفذ العقد الأصيل بسبب عدم استيفاء شروط صحته أو تهاده التزم الطرف المتسبب في ذلك بتعويض الطرف الآخر استنادا الى ما يسميه إيرنج الخطأ عند تكوين العقد •

والتعويض في هذه الحالة قاصر على « المصلحة السلبية » أى مصلحة الطرف الآخر في عدم الدخول في عقد غير نافذ ، لذلك فإن التعويض عن المصلحة السلبية يعيد المتعاقد الى الحالة التى كان عليها قبل الدخول في العقد فيصبح وكأنه لم يتعاقد قط وفرق بين هذا التعويض وبين التعويض عن عدم تنفيذ العقد من حيث مدى كسل منهما (١) •

المسئولية القائمة على فكرة الخطأ عند تكوين العقد أصلح لمير المتعاقد مع النائب من المسئولية التقصيرية لما سبقت الإشارة اليه من وجوب إثبات الخطأ في الثانية مع تعذر نسبة الخطأ الى النائب في كثير من الصور • ومع ذلك فإن غالبية الفقه الفرنسى ما تزال على الرأى القائل بتأسيس مسئولية النائب على أساس الخطأ بالتطبيق

(١) أنظر جوبسكو - رامسيانو من ٢٢٢ - ٢٢٥ والسنهورى : نظرية العقد بند ٥٨٩ من ٦٢٦ - ٦٢٨ •

لمسأدين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ من القساؤون المدني القرنى وكذلك
القضاء (١) .

غير أن فكرة الخطأ عند تكوين العقد كأساس لمسئولية النائب
في هذه الصور قد لاقت قبولا في التقنينات الحديثة حيث نرى المادة
٣٩ من قانون الالتزامات السويسرى تنص على أنه « إذا رفض الأصيل
اجازة العقد صراحة أو ضمنا فإن الشخص الذى اتخذ صفة نائب
يصح أن ترفع عليه دعوى التعويض عن الضرر الناشئ من عدم صحة
العقد ، الا اذا أثبت أن الطرف الآخر كان يعلم أو يفترض حتما
أن يعلم عدم وجود الصفة » .

« وفي حالة وقوع خطأ من النائب يصح للقاضى أن يحكم
بتعويض أكثر من ذلك اذ كانت تقتضيه العدالة . وتبقى لصاحب الشأن
دعوى الاثراء بغير سبب في جميع الأحوال » .

وظاهر من هذا النص أن التعويض المقابل للمصلحة السلبية غير
مشروط بوقوع أى خطأ من النائب ، فان وقع منه هذا الخطأ جاز أن
يتسع التعويض لأكثر من ذلك فيشمل كل الضرر الذى يعود على
الغير من عدم تنفيذ العقد . أما الفقرة الأخيرة فخاصة بالقرض الذى
يكون الغير فيه قد نفذ التزامه بمقتضى العقد (بأن سلم المبيع مثلا)
ويتعذر رده عينا فيكون للغير أن يطالب النائب على أساس دعوى
الاثراء (٢) .

كما أن المادة ١٣٩٨ من التقنين المدينى الايطالى الصادر سنة

(١) بوبسكو رامسباليو ص ٢٢٤ وانظر
Dall.-z. Répertoire de droit civil, 2ème éd., t. V (1973), Vo. Mandat, No. 333.
وسمى محكمة استئناف روان ٢١ ديسمبر ١٩٧٢ - جلازيت ص ١٩٧٤/١
ملخصات ٣٩ .

(٢) انظر لون تومر ص ٣٢٢ .

١٩٤٢ تنص على أن الشخص الذي يتعاقد كغائب دون أن تكون له تلك الصفة أو يتجاوز حدود المكنة المخولة له ، مسئول عن الضرر الذي يصيب الغير المتعاقد معه بسبب اطمئنانه - بغير خطأ منه - الى صحة العقد .

ومؤدى هذا النص الزام النائب بتعويض « المصلحة السلبية » (١) الا في حالة علم الغير باتفاء الصفة أو يتجاوز حدود الاثابة أو في حالة افتراض علمه بذلك حتما ، والحالة الأخيرة هي المقصودة بعبارة « بغير خطأ منه » الواردة بصدد اطمئنان الغير الى صحة العقد الذي يجريه مع النائب ، ذلك أن الغير يفترض فيه حتما العلم بحقيقة سعة النيابة اذا كان جله بها راجعا الى خطئه أى تقصيره في تعرى الأمر الواقع .

وقد أخذ مشروع تنقيح القانون المدنى الفرنسى بالحل نفسه المبني على فكرة الخطأ عند تكوين العقد والذي يقصر التعويض على المصلحة السلبية وذلك في المادة ٢٨ فقرة ٤ من مشروع اللجنة الفرعية للتصرفات القانونية وهي التي أصبحت المادة ٢٥ فقرة ٤ من المشروع الذي وافقت عليه اللجنة العامة للتنقيح في جلستها المنعقدة في ١١ يونيو سنة ١٩٤٨ ونصها « عند علم الاقرار يلتزم الشخص الذي تصرف عن غيره بلا صفة أو خارج حدود المكنة المخولة اليه بأن يعوض الضرر الذي سببه لمن كانت له مصلحة في نفاذ التصرف متى كان حسن النية » (٢) .

وفكرة الخطأ عند تكوين العقد هي كذلك أساس مسئولية النائب

(١) انظر : ميشينيور ص ١٥٨

Messineo, F. : « Dottrina generale del contratto », Milano, 1948, p. 158.

(٢) انظر أعمال لجنة تنقيح القانون المدنى ج ٣ (سنة ١٩٤٨/١٩٤٧) ص ٢٧

و ص ٩٢ و ص ٢٥٥ .

الذي يتجاوز حدود نيابته و الشخص الذي يتعاقد مع الغير بلا صفة في القانون الانجليزي (١) غير أن التعويض الذي يلتزم النائب أو الشخص المتخذ صفة النائب بدفعه الى الغير الذي تعاقد معه ليس مقصورا على المصلحة السلبية كما أنه غير مشروط بوقوع خطأ من النائب ويقدر هذا التعويض بمقدار الضرر الذي يترتب فعلا على عدم نفاذ العقد لاتقاء الصفة ، فلو اشترى (أ) بصفته نائبا عن (ب) سفينة من (ج) بثمن قدره ٦٠٠٠ جنيه ثم تبين أن المقد غير نافذ في حق (ب) لاتقاء صفة (أ) أو لقصورها عن شمول العقد ثم لم يجد (ج) مشتربا للسفينة بأكثر من ٥٥٠٠ جنيه فإن التعويض الذي يلزم بدفعه (أ) هو ٥٠٠ جنيه من غير أن يتحمل (ج) عبء اثبات فوات فرصة لبيع السفينة ب ٦٠٠٠ جنيه نتيجة لاطمنائه الى نفاذ عقده مع (أ) لحساب (ب) ، وهو ما يكلف المدعي باثباته في التعويض عن المصلحة السلبية .

وفي القانون الأمريكي نجد أن الرأي السائد في تأسيس مسؤولية النائب المتجاوز لحدود نيابة أو المتعاقد بلا صفة هو ارجاعها الى فكرة شبيهة بفكرة الخطأ عند تكوين العقد ، اذ يفترض أن المتعاقد بوصفه نائبا يضمن للغير وجود تلك الصفة فإذا اتفت التزم بالتعويض نتيجة لاخلاله بذلك الضمان والتعويض هنا أيضا ليس مشروطا بوقوع خطأ ، أما مقداره فيحدد لا بالمصلحة السلبية ولكن بمقدار الخسارة التي أصابت الغير ومقدار الكسب الذي فاته نتيجة لعدم نفاذ العقد ، أما اذا كان ثمة خطأ ارتكبه المتعاقد بصفته نائبا فتعوز مساءلته على

(١) ويطلق الفقه الانجليزي على الفكرة التي تناهل فيه فكرة الخطأ عند تكوين العقد في اللغة الألمانية اصطلاح « العقد المصاحب » Collateral contract (اي المصاحب

للعقد الاصيل) انظر

Chitty on Contracts, 21st ed. Vol. II, London 1968, para 88, p. 46; Cheshire and Fifoot, The Law of Contract, London, 1960, pp. 51-53 and 409-410; Schmitthof, op. cit., pp. 149-151.

أساس المسؤولية التقصيرية وقد يتسع بذلك مدى التعويض (١) •

١٢١ - وهناك فكرة أخرى أراد البعض أن يقيم على أساسها مسؤولية النائب وهي فكرة التعهد عن الغير ، وتطبيقا لهذه الفكرة يعتبر النائب الذي يتعاقد بغير صفة أو يتجاوز حدود نيابته متعهدا للغير بأن يجعل الأصل يلتزم بالعقد فإذا رفض الأصل إجازة تصرف النائب التزم هذا الأخير بالتعويض كنتيجة لعدم تنفيذه التزامه الأصلي بعمل شيء (حمل الأصل على الالتزام) وذلك تطبيقا لعموم القاعدة بشأن الالتزام بعمل وهي تحوله الى التزام بالتعويض عند عدم التنفيذ (٢) •

(١) Reestatement, 2nd (1968), Section 339. وانظر أيضا Mechem, Sections 325 and 326.
ومع ذلك يشجع المرجع الأخير على أن قواعد القانون الأمريكي في هذا الصدد يشوبها بعض الغموض والاضطراب • انظر كذلك Ferson, Section 290 ; Coppola, Section 65.

(٢) انظر حكم محكمة استئناف مصر في ٢٢ مارس سنة ١٩٢٤ - المحاماة السنة ١٥ القسم الثاني رقم ١٣ ص ٢٢ •
« إن مجرد قبول الوكيل لعقد الوكالة يوجب عليه أن يبين لمن يتعاقد معه صفة وكالته وأن يتفقد حدود هذه الوكالة فلا يتجاوزها والا كان مسؤولا شخصيا عن عمله وتبقى أعماله غير ملزمة للموكل بل يكون لهذا الأخير أن يجيزها أو لا يجيزها فإذا لم يفرح الموكل كان على الوكيل أن يعرض الضرر الذي يحدث أن يلحق الغير المتعامل معه بسبب خطئه وعدم التزامه حدود التوكيل بل وتلزمه هذه المسؤولية حتى ولو أخبر الغير بسمة وكالته وأعلمه على عقد الوكيل الصادر له من الموكل لأنه على كل حال يعتبر وسيطا لدى الموكل porte-fort pour le mandant ويلتزم بأن يحصل على إجازة صاحب الشأن لهذا العمل الذي عمله خارج حدود الوكالة ومن المقرر أن الوسيط (أي المتعهد عن الغير) إذا لم يحصل على إجازة صاحب الشأن فإنه يكون مسؤولا عن الضرر الذي يلحق الغير عند عدم الحصول على هذه الإجازة • وليس في نص المادة ١٨ مدهى ما يلزم المتعامل مع الوكيل بأن يطالبه بصورة رسمية من عقد الوكالة وإنما هو حق خوله له القانون والقول بالزامه يناقض نفس عقد الوكالة وواجبات الوكيل التي التزم بها عند قبوله الوكالة » • ويلاحظ أن هذا الحكم غير صريح في الإلزام بفكرة التمسك من الغير كأساس لمسؤولية النائب لأنه أنقماها أولا على أساس الخطأ ثم قرر أن =

غير أنه يرد على هذه الفكرة اعتراض مرجعه الى الشك في إمكان حدوث التعهد عن الغير بشكل ضمنى إذ الأصل أن يكون ذلك التعهد صريحا (١) فإذا كان صريحا كنا أمام حالة من حالات الصورة الاولى التى أشرنا إليها فى بداية البحث وهى حالة علم الغير يتجاوز النائب حدود النيابة واذن فيخرج الامر عن كونه حالة مسئولية ناشئة عن تجاوز حدود النيابة ونكون أمام حالة تعهد عن الغير تحكمها المادة ١٥٣ من القانون المدنى وهو وضع أصيل له أحكامه الخاصة به أما اذا لم يكن التعهد عن الغير صريحا وكان المتعاقد مع النائب جاهلا بتجاوز حدود النيابة فليس من السهل فى جميع الاحوال استنتاج التعهد عن الغير من الظروف ويستحسن لهذا ارساء مسئولية النائب قبل الغير على أساس آخر .

ومجمل القول أن التقنيات المختلفة تقر مسئولية النائب عن تجاوز حدود النيابة متخذة أساسا لهذه المسئولية خطأ النائب تارة (القانون الفرنسى) ونظرية الخطأ فى التعاقد *culpa in contrahendo* تارة أخرى (القانونين الايطالى والسويسرى وكذلك القانونين

« مسئولية لا تنتفى بإطلاع الغير على صحة نيابته بل يظل مسئوليا باعتباره متعهدا عن الغير وهذه الصورة الأخيرة كما نلاحظ فى المتن هى حالة تعهد من الغير عادية إذ أن الغير يعلم فيها بحقيقة مدى النيابة وحالات مسئولية النائب الحقيقية اما تقتصر على الصورة التى يكون الغير فيها جاهلا بتجاوز النائب حدود نيابته »
وانظر فى القضاء الفرنسى حكم محكمة استئناف ديجون فى ١٦ مايو سنة ١٩٣١

دالوز الأسبوعى ٢٠٥/١٩٣١ :

« Le mandataire qui ne fait pas connaître suffisamment ses pouvoirs aux tiers, est seulement tenu d'une obligation de faire qui n'est autre que celle du porte-fort, et dont l'exécution se résout seulement en dommages-intérêts, sans qu'il puisse être considéré comme une caution tenue de l'engagement qu'il prend au nom du tiers et qui ne saurait l'obliger que s'il s'y est personnellement soumis ». Dijon 19 mai 1931, D.H. 1931/405.

وهذا الحكم صريح فى اتخاذ فكرة التعهد عن الغير أساسا لمسئولية النائب فى حالة جهل الغير بحدود النيابة ، غير أن هذا الوجه غير مستقر فى القضاء الفرنسى الذى يسير عليه على فكرة الخطأ كأساس لمسئولية النائب . انظر عكسه استئناف باريس ١١ يناير ١٩٢٨ دالوز الأسبوعى ٢٧٩/١٩٢٨ للمبدأ الأخير .

(١) انظر روستو : دروس الدكتوراه ص ٩٨ .

الانجليزى والأمريكى مع ملاحظة ان مدى التعويض في هذين
الآخرين أوسع) والحكم الذى يترتب على تلك المسؤولية هو التزام
النائب بتعويض الغير عن الضرر الذى يصيبه على تفاوت في نطاق
هذا التعويض •

١٢٢ - على أن القانون المدنى الألماني قد انصرف دون سائر
التشريعات بأحكام خاصة في مسؤولية النائب عن تجاوزه حدود النيابة
وهي أحكام تستحق التفاتا خاصا لخروجها عن نطاق العرض المتقدم اذ
هي تفصل في بعض صورها الى اعتبار النائب الذى يتعاقد بغير صفة
أو يتجاوز حدود نيابته ملتزما بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد الذى
أجراه مع الغير (١) •

وقد نظمت مسؤولية النائب عن تجاوز حدود النيابة أو التعاقد
بغير صفة المادة ١٧٩ من القانون المدنى الألماني ، ويمكن تبويب
أحكام القانون الألماني في هذا الصدد كالآتى :

فأولا - في حالة علم الغير بخروج النائب عن حدود الانابة
أو بانعدام صفته لا تترتب على النائب أية مسؤولية قبل هذا الغير
وذلك لانعدام حكمة مثل هذه المسؤولية في تلك الظروف • والقانون
الألماني يتفق في هذا مع سائر التشريعات كما أنه يسوى مثلها بين حالة
علم الغير فعلا وبين حالة افتراض علمه حتما أى حالة تشبوه حمله
عن خطأ منه كقصيره في تحرى الحقيقة مثلا .

وثانيا - حالة جهل الغير بخروج النائب عن حدود نيابته أو

(١) في القانون الأمريكى كان عدد كبير من أحكام التفاه القديمة (التى يرجع
تاريخها الى النصف الاول من القرن التاسع عشر) يلزم النائب في أمثال هذه الحالات
بأحكام العقد بدلا من الشخص الذى تعاقد النائب باسمه بدون صفة أو متجاوزا
حدود مكتبته • ومع أن الظاهر أن الاجتهاد السائد الآن في القانون الأمريكى هو تأسيس
مسئولية النائب في تلك الحالات على فكرة الخطأ عند تكوين العقد (انظر البند
١٢٠ المتقدم) إلا أن محاكم بعض الولايات لا تزال تلزم النائب بأحكام العقد الذى يقده
مع الغير • انظر Mochem, Section 323 وكذلك Ferson, Section 289

بانعدام صفته وفي هذه الحالة تنقرر مسؤولية النائب ، وهنا يميز
القانون الألماني - وهو يفرد بهذا التمييز - بين وضعين :

١ - علم النائب بانعدام صفته أو بتجاوزه حدود نيابته • وفي
هذا الفرض تكون مسؤولية النائب في أوسع مداها اذ يلزم اما بتنفيذ
العقد واما بتعويض الضرر كاملا والخيار بين هذين الجزاءين متروك
لغير المتعاقد مع النائب • وعلى هذا يكون التزام النائب (أو بالأحرى
المتخذ صفة النائب) في هذه الحالة التزاما تقيديا مما نصت عليه المادة
٢٧٥ من القانون المدني المصري على أن الخيار فيه متروك للدائن (أي
لغير المتعاقد) دون المدين •

وبهذا الحكم يكاد يفرد القانون المدني الألماني عن سائر
التشريعات اذ ليس منها ما يصل بجزاء مسؤولية النائب (أو المتخذ
صفة النائب) الى حد الزامه بتنفيذ العقد (١) اللهم الا القانون المدني
الأرجنتيني الذي تحوى المادة ١٩٣٣ منه حكما مشابها لحكم المادة
١٧٩ من القانون المدني الألماني وكذلك قانون التجارة النمساوى في
المادة ٥٥ منه •

على أن الغير المتعاقد متى استعمل خياره فليس له أن يرجع فيه
ويرتب على ذلك أنه اذا اختار التعويض فان مقداره يحدد على أساس
نفاذ العقد على الأصل فيحدد مبلغ التعويض بالنسبة الى ما فات المتعاقد
بسبب عدم قيام الأصل بتنفيذ العقد • أما اذا اختار تنفيذ العقد بمعرفة
النائب ثم نكل النائب عن القيام بهذا التنفيذ فان التعويض الذى
يستحق في هذه الحالة انما يتحدد بالنظر الى شخص النائب بحيث
يكون مساويا للضرر الذى عاد على المتعاقد بسبب عدم قيام النائب
(لا الأصل) بتنفيذ العقد •

(١) وجدير بالذكر ان هذا الحكم ليس من مستحلات التقنين الألماني الصادر
سنة ١٩٠٠ بل انه كان متضمنا في المادة ٥٥ من قانون التجارة الروسى • كما كانت
تنص عليه المادة ٢ من قانون التجارة النمساوى الصادر سنة ١٨٦٢ والملغى الآن •

وجدير بالذكر هنا أن معيار تحقق المسؤولية بهذا النطاق الواسع هو مجرد علم النائب بأنه يتجاوز حدود النيابة أو بأنه منعدم الصفة في التعاقد باسم الأصيل ، ولا محل بعد هذا للبحث عن حسن نية النائب أو سوء نيته فسيان أمام هذا الحكم النائب الذي يكون سيء النية والنائب الذي يقدم بحسن نية على تجاوز حدود أتابته مؤملا إجازة الأصيل .

٢ - جهل النائب بانعدام صفته أو بتجاوزه حدود نيابته . وفي هذا الفرض يكون جزاء مسؤولية النائب قاصرا على تعويض المصلحة السلبية دون التعويض الكامل عن عدم التنفيذ ، وهذا تطبيق لنظرية ايرنج التي سلفت الإشارة إليها وقد رأى واضعو القانون المدني الألماني بهذا الحكم تخفيف مسؤولية النائب الذي كان يجهل أنه تجاوز حدوده أو أنه منعدم الصفة ، تميزا له عن النائب الذي يقدم على التعاقد وهو عالم بأنه تجاوز حدود أتابته أو بأنه لا صفة له أصلا . وجماع أحكام القانون المدني الألماني في هذا الصدد في اعتبارين : علم النير بالعب الذي يشوب صفة النائب (سواء في أصل وجودها أو في نطاقها) ويترتب على هذا العلم انتفاء كل مسؤولية على النائب . وعلم النائب بالعب الذي يشوب صفته ، ويترتب على وجودها هذا العنصر أو انتفائه اختلاف في مدى مسؤولية النائب وبالتالي في تقدير التعويض (١) .

(١) انظر في أحكام القانون المدني الألماني بخصوص مسؤولية النائب - مثال : الترجمة الرسمية للقانون المدني الألماني . التعليق على المادة ١٧٩ من ٢٢٨ وما بعدها . ويوسكو وامتسباتو من ٤٨٨ وما بعدها . ويلاحظ أن التقنين المدني الألماني لم يعد مطبقا في إقليم جمهورية ألمانيا الديمقراطية (الشرقية) منذ يناير ١٩٧٦ فقد صدر التقنين المدني الجديد لألمانيا الديمقراطية في يونيو ١٩٧٥ وتنص المادة ٥٩ فقرة ٢ منه على مجرد الزام من انتحل صفة النائب أو تجاوز حدود أتابته بتعويض الضرر : لتدبر من عدم نفاذ التصرفات التي أيرمها ، وبهذا أصبحت الأحكام المتعلقة في الفن قاصرة على تطبيق على إقليم جمهورية ألمانيا الاتحادية (الغربية) .

الفصل الثالث

الانابة الظاهرة

١٢٣ - تقدم لنا القول بأن مدى النيابة يتحدد بالنظر الى مصدرها ففي النيابة الارادية (الاتفاقية) تتعين حدود مكتة النائب بالنظر الى الانابة الصادرة من الأصل فما دخل في تلك الحدود من أعمال النائب لزم الأصل آثاره وما خرج منها كان غير ملزم للأصل .

ثم عدنا من استثناءات هذه القاعدة حالة وجود ظروف من فعل الأصل من شأنها اعطاء الغير فكرة عن مدى النيابة أوسع من حقيقة الأمر في الانابة وهذه هي الحالة التي يصح أن تسمى بالانابة الظاهرة وهي تستحق أن نورد لها هذا الفصل نشرح فيه هذه النظرية التي أرسى قواعدها القضاء في تطبيقات عديدة وفيها يتجلى أثر التفاعل بين القواعد القانونية وبين ضرورات الحياة العملية أو بين المنطق البحث وبين اعتبار حماية المعاملات .

ذلك أن نطاق النيابة لا يتحدد بالنسبة للغير المتعامل مع النائب بمجرد الألفاظ التي صيغت فيها الانابة - سواء كانت داخلية موجهة الى النائب ام خارجية موجهة الى الغير - بل أن للظروف التي تحيط بالانابة

وللضرورات التي تقتضيها المعاملات نصيباً في تحديد نطاق النيابة وعلى ضوءها بالإضافة الى صيغة الانابة يستطيع الغير أن يحدد نطاق سلطة النائب ويعين ما يدخل في مكنته وما لا يدخل من الأعمال القانونية . وعلى ذلك نستطيع أن نقول مع الأستاذ ديموج ان النيابة تقوم - بحكم الضرورة العملية - « على الارادة الظاهرة للاصيل أكثر من قيامها على ارادته الحقيقية أو على تميره عن تلك الارادة وهذا ما يقتضيه ضمان سلامة المعاملات » (١) .

١٢٤ - وقد استقر القضاء الفرنسي في تطبيقات عديدة على هذه الفكرة منذ أواخر القرن الماضي (٢) وتكفي الإشارة الى بعض الأحكام بهذا المعنى وخاصة الحديث منها . فمن ذلك حكم النقض المدني الصادر في ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٥ (٣) مقرراً أنه « اذا كانت تمهيدات الوكيل خارج حدود الوكالة تلزم الموكل في بعض الأحيان استثناء » « من حكم المادة ١٩٩٨ فقرة ثانية بلا حاجة الى أجازة منه فان ذلك » « مشروط بوجود غموض في عبارات الانابة أو وجود ظروف أخرى » « يمكن نسبتها الى خطأ الموكل ومن شأنها إيقاع الغير المتعامل مع » « الوكيل في غلط بخصوص طبيعة سلطة الوكيل أو مدى تلك السلطة » .

وحكم النقض الفرنسي الصادر في ١٢ نوفمبر ١٩٥٤ (٤) الذي قضى بأن الحدود الظاهرة لنطاق الوكالة في التأجير تشمل مناقشة

(١) ديموج - موسوعة الالتزامات ج ١ ب ١٠٣

« La représentation repose, par nécessité pratique, moins sur la volonté ou « la déclaration du représenté que sur la volonté apparente de celui-ci. La « sécurité dynamique l'exige ainsi ». Demogue : Traité des obligations en général, t. I, No. 103.

(٢) أنظر الأحكام للنار إليها في برومكو - وهنسيانو ص ٢٧٠ - ٢٧١ .

(٣) دالوز الأسبوعي ٨١/١٩٣٦ .

(٤) جازيت دي باليه ١١٣/١/١٩٥٥ ومشار إليه في المجلة ربع السنوية ١٩٥٥ ص ٣٣٦ - ٣٤٠ مع تعليق بقلم جان كاريولييه تناول فيه وجوب التفرقة بين مجال

وتحديد شروط عقد الايجار وأهمها المدة وعلى ذلك فلا يجاب الموكل الى رغبته في التعطل من عقد ايجار أيرمه وكيله مع مستأجر حسن النية لمدة تسع سنوات بمقولة أنه لم يرخص لوكيله قط في التأجير لمثل تلك المدة الطويلة .

وكذلك حكم محكمة استئناف باريس الصادر في ١١ يناير سنة ١٩٢٨ (١) الذي يقرر أن النيابة يتحقق حكمها يرجوع آثار تصرف النائب الى الأصيل حتى لو كان ذلك التصرف خارج حدود الانابة كما صدرت من الأصيل وذلك متى كان في غموض العبارات التي صيغت فيها الانابة أو في مسلك الأصيل أو على العموم في خطأ منسوب اليه ما يعطى الغير فكرة خاطئة عن مدى سلطة النائب .

ومن تلك الأحكام أيضا حكم استئناف مونبلييه الصادر في ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٠ (٢) قاضيا بأن الأصيل يلتزم بأعمال نائبه الخارجة عن حدود مكتبته الحقيقية وذلك متى كانت المكنة الظاهرية لمثل هذا النائب سببا في اقتناع الغير حسن النية بدخول تلك الأعمال في نطاق النيابة .

كما قضت المحكمة ذاتها في ٤ مايو سنة ١٩٤٩ (٣) — مطابقة مبدأ

= النيابة الظاهرة بالمعنى الحقيقي وبين مجال تحديد المدى الحقيقي للانابة عن طريق تفسير ارادة الأصيل :

« La Cour de Cassation... répond par la théorie du mandat apparent... non sans l'habituelle équivoque... car on peut se demander s'il s'agissait bien de faire produire effet en faveur des tiers de bonne foi à un dépassement de pouvoirs — domaine propre du mandat apparent — et non pas simplement de déterminer quelle avait été, dans les rapports entre mandant et mandataire, l'étendue réelle des pouvoirs conférés — question d'interprétation de volonté. L'argumentation de l'arrêt est que le mandat de louer comprend apparemment (tacitement) le mandat de discuter les clauses du bail et notamment d'en fixer la durée ». — Jean Carbonnier dans la Rev. Trim. 1955, pp. 339-340.

(١) دالوز الأسبوعي ٢٧٩/١٩٢٨

(٢) دالوز الأسبوعي سنة ٢٥/١٩٣١ (ملخصات)

(٣) استئناف مونبلييه ٤ مايو سنة ١٩٤٩ — دالوز ٣٦/١٩٤٩ (ملخصات)

الانابة الظاهرة - بأن الموكل الذى يترك بيد وكيله توكيلا على ياض لم يعد ذا موضوع يلتزم بما يجريه ذلك الوكيل من تصرفات يسيء بها استعمال ذلك التوكيل متى كانت تلك التصرفات حاصلة مع الغير حسن النية على أن الموكل لا يلتزم من تلك التصرفات الا بما يدخل فى حدود التوكيل اللهم الا أن يكون غموض عبارات التوكيل أو الظروف المنسوب الى الموكل مدعاة للغير الى الوقوع فى غلط بشأن مدى السلطة الممنوحة للوكيل .

وكذلك قررت محكمة استئناف باريس فى ٥ ديسمبر سنة ١٩٥٣ (١) أن الشركة التجارية التى تسمح لشخص من الغير بفشيان مقرها وبتلقى البريد والبضائع على عنواها وباستعمال خاتم الشركة تكون قد وقعت فى تهاون خطير من شأنه اسباغ مظهر الوكالة على هذا الغير ومن ثم فتلزم هذه الشركة بدفع ثمن بضاعة استلمها هذا الغير فى مقرها ولا يقبل منها انكار صفة الوكالة والقول بأن ذلك الشخص كان مجرد تزييل لديها لمدة وجوده فى مدينة باريس .

ومن أحكام القضاء الفرنسى التى أقرت مبدأ الانابة الظاهرة حكم محكمة استئناف دويه فى ٢٥ مارس سنة ١٩٥٤ (٢) وان كانت المحكمة فى هذا الحكم لم تلزم صاحب الشأن آثار تصرف الشخص الذى ظهر بمظهر النائب وذلك بسبب خروج ذلك التصرف بطبيعته عن مدى الانابة الظاهرة التى توفرت فى واقعة الدعوى وقد أشارت المحكمة فى حكمها بوجه خاص الى أن صاحب الشأن لم يخلق مظاهر خداعة من شأنها ايقاع الغير فى غلط بصدد مدى الوكالة الحقيقى ومن ثم فلم تر المحكمة وجه

(١) دالوز الأسبوعى ٣٦٥/١٩٥٤ .

(٢) دالوز الأسبوعى ٤٤٤/١٩٥٤ - وأنظر الإشارة الى الأحكام الحديثة للقضاء الفرنسى فى شأن النيابة الظاهرة فيما يلى حاشية به ١٣٣ .

لتلزام صاحب الشأن آتار التصرف موضوع النزاع مع اقرار المحكمة
فى نفس الوقت مبدأ الانابة الظاهرة متى توافرت شروطه .

ولم تخل أحكام القضاء البلجيكي من تطبيقات لمبدأ الانابة
الظاهرة فقد سارت عليه محكمة استئناف جاند فى حكمها الصادر فى
٤ يناير سنة ١٩٥٤ (١) فى قضية هذه وقائمه :

اشترى شخص بضائع بواسطة أحد مندوبى التجار وكالعادة فى
المرات السابقة دفع الثمن الى ذلك المندوب الذى اختلسه هذه المرة
لنفسه فقام البائع برفع دعوى المطالبة بالثمن ودفع المشتري الدعوى
بسابقة سداده للثمن بين يدى المندوب فرد المدعى بأن ذلك المندوب
لم يكن مغولا اليه فى القبض واعطاء المخالصة .

واقته محكمة استئناف جاند الى اعتبار ذلك السداد ميراثا
لذمة المدعى عليه وذلك بعد استعراضها بكل دقة الوقائع التى من شأنها
القول بأن البائع جعل المشتري يعتقد - أو تركه يعتقد - أن المندوب
مفوض فى القبض .

١٢٥ - وللقضاء المصرى كذلك تطبيقات لمبدأ الانابة الظاهرة
جاء معظمها قبل أكتوبر سنة ١٩٤٩ فى أحكام المحاكم المختلطة منها حكم
الاستئناف المختلط الصادر فى ٦ يناير سنة ١٩٣٢ (٢) مقررا أنه يستثنى
من قاعدة عدم التزام الموكل بأعمال الوكيل الخارجة عن حدود وكالته
حالة ما اذا كان الموكل قد خول الوكيل سلطات ظاهرية من شأنها ايقاع
التغير حسن النية فى غلط بخصوص مدى الوكالة وقد صدر هذا الحكم
فى قضية تلخص وقائمه فى أن شركة أجنبية قد آثابت عنها فى مصر
مدير فرعها فى هذه البلاد ووزعت فى السوق منشورا يحصل نفا هذه

(١) بالايكرىزى ١٦/٢/١٩٥٣ ومشار اليه فى المجلة ربع السنوية ١٩٥٤ ص ١٨٨

(٢) المجموعة المختلطة (البلتان) ١٠٥/٤٤ .

الانابة مع نموذج من توقيع مدير الترع حين يوقع عن الشركة دون أن يحتوى المنشور أية اشارة الى حدود الانابة أو الى نطاق المكنة المخولة الى هذا النائب وعليه فقد اشترى النائب المذكور باسم الشركة بضائع من شركة أخرى وعند المطالبة بشن البضائع رفضت الشركة الدفع بمقولة أن مدير فرعها في مصر لم يكن مخولاً له في الشراء باسمها وانما تقتصر نيابته على تصرف منتجات الشركة في مصر فقاضت الشركة البائعة الشركة التي اشترى ذئبها البضائع باسمها وقد رأت محكمة الاستئناف المختلطة في هذه الوقائع انابة ظاهرة من الشركة الى مدير فرعها في مصر في كل ما يتصل بنشاطها وقررت المحكمة أن المنشور الصادر عن الشركة بالشكل الذى صدر به يجعل الغير في حل من قياس مكنة النائب بالمقاييس المعتادة التى يدخل فيها شراء البضاعة التى تتعامل فيها الشركة وأن اصدار ذلك المنشور بغير تفيد مكنة النائب فيه يوجد حالة انابة ظاهرة يتحقق معها أثر النيابة فترجع آثار تصرف النائب مع الغير الى الأصيل رأساً بصرف النظر عن مدى مكنة النائب فى الحقيقة .

وقد اضطرت أحكام القضاء المصرى المختلط على هذا المبدأ من ذلك حكم الاستئناف الصادر فى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٢ (١) . وحكم الاستئناف الصادر فى ١٧ أبريل سنة ١٩٣٥ (٢) وحكم الاستئناف الصادر فى ١٧ مارس سنة ١٩٤٣ (٣) .

وبعد انتهاء أجل القضاء المختلط فى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩ استمرت المحاكم المصرية فى تطبيق مبدأ الانابة القاهرة على الوجه

(١) المجوعة المختلطة (البلتان) ٤٧/٢٥

(٢) المجوعة المختلطة (البلتان) ٢٥٦/٤٧ وللحاشية ٨٠٨/٢٧٩/١٦

(٣) المجوعة المختلطة (البلتان) ٧٢/٥٥

المتقدم شرحه اذ قضت محكمة استئناف القاهرة في ٨ فبراير ١٩٥٥ (١) بأنه :

« اذا كان الأصل أن العمل الذي يجريه الوكيل خارجا عن حدود الوكالة »
« غير ملزم للموكل الا اذا أقره ، الا أن القضاء جرى على أنه اذا »
« كانت السلطات المخولة للوكيل بمقتضى عقد الوكالة هي سلطات »
« واسعة من شأنها وبطبيعتها أن تجعل الغير ممن يتعاملون معه يستقدون »
« بحسن نية بدخول هذه الأعمال في نطاق وكالته فان من حقهم أن »
« يعملوا على هذه المظاهر ودون أن يكلفوا بالتحقيق أولا من مدى »
« سلطاته التوكيلية . »

كما حكمت محكمة الاسكندرية الابتدائية في ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٥ (٢) بأن :

« المتعاملين مع الوكلاء يجب أن يحصيهم القانون اذا ركنوا الى »
« المظاهر الخارجية التي يظهر فيها الوكيل أمام الناس » ومصدر هذه »
« الحماية مؤسس على الثقة وحسن النية التي يجب أن تمود المعاملات »

وكذلك فان حكم محكمة استئناف المنصورة الصادر في ٣٠ يناير سنة ١٩٦٠ في القضية رقم ٤٣ تجارى لسنة ١٠ ق (غير منشور) قد طبق مبدأ الاثابة الظاهرة في قضية تلخص وقائعها في أن مندوبه احدى شركات الأقطان في الأرياف تعاقد مع مزارع على شراء محصوله وحرر العقد بينهما على مطبوعات الشركة وعند مطالبة اياها بشن الأقطان أنكرت التعاقد وقررت أن المندوب انما كان يشتري لحساب نفسه لا لحساب الشركة فلم تأخذ المحكمة بهذا الدفاع وألزمت الشركة

(١) مجلة التشريع والقضاء السنة السابعة رقم ٣٢ ص ١٠٥ وما بعدها مع تعليق المؤلف .

(٢) مجلة التشريع والقضاء السنة السابعة رقم ٥٠ ص ١٥٥ للمحاتم السنة ٣٥ رقم ٨٨٢ ص ١٥٨١ وما بعدها - مع تعليق للمؤلف .

اتار العقد على أساسين : ١ - مظهر النيابة المتمثل في تحرير العقد على مطبوعاتها وكذا في صلة ذلك المندوب بالشركة وهي صلة معروفة بين الزارعين . ٢ - حسن نية المتعاقد مع ذلك المندوب .

وأخيرا كرست محكمة النقض المصرية مبدأ النيابة الظاهرة في حكم لها صدر سنة ١٩٧١ (١) صاغت فيه المحكمة المبدأ في العبارات التالية :

« يشترط لاعتبار الوكيل الظاهر نائبا عن الموكل أن يكون المظهر الخارجي الذي أحدثه هذا الأخير خاطئا وأن يكون الغير الذي تعامل مع الوكيل الظاهر قد انخدع بمظهر الوكالة الخارجي دون أن يرتكب خطأ أو تقصيرا في استطلاع الحقيقة . وهذا لم يتحقق في خصوصية المنازعة المطروحة وذلك أن المدين الذي اتفق مع مدير الشركة المدعى عليها على إبرائه من جزء من الدين المستحق في ذمته لا يعتبر حسن النية لأنه كان يعلم أن هذا التصرف لا يملكه مجلس الإدارة بغير ترخيص من الجمعية العمومية للمساهمين وأنه لا يملك توكيل غيره في أجهته ، ومن ثم لا تكون موافقة المدير على قبول هذا الإبراء حجة على الشركة لانعدام نيابته عنها في الحقيقة والظاهر » .

وواضح من هذه الصيغة أن المحكمة أقامت مبدأ النيابة الظاهرة على عنصرين : عنصر موضوعي هو مظهر خارجي من خلق الأصل يوحى بوجود النيابة ، وعنصر شخصي هو حسن نية الغير مع اتقاء تقصيره في استطلاع الحقيقة .

١٢٦ - ويصح هنا أن تسأل عما إذا كانت هذه القاعدة التي استقرت عليها أحكام القضاء - حماية للغير حسن النية وتبشيرا لأركان

(١) نقض ٣١ يناير ١٩٧١ - مجموعة الكتب الفني ١٠١/١٨/٢٢ - ١٠٢ وانظر نقض ٣٠ نوفمبر ١٩٧١ - لمجموعة الكتب الفني ١٠٩/١٦١/٢٢ ونقض ٢٢ نوفمبر ١٩٧٥ - مجموعة الكتب الفني ١٤٢/٢٧٥/٣٦ .

المعاملات — يقتصر أثرها على تجاوز حدود الانابة أم يمتد ذلك الأثر إلى حالة انعدام الانابة أصلاً ؟ وبعبارة أخرى إذا كان مسلك الأصل أو مؤدى الظروف المنسوبة إليه يبرر سحب حكم النيابة على أعمال تخرج عن حدود الانابة الحقيقية فهل يبرر ذلك المسلك أو تلك الظروف أعمال أثر النيابة بالزام الأصل آثار تصرف شخص ليس أصلاً نائباً عن ذلك الأصل ؟ (١) •

أصدرت الدائرة المدنية بمنحكمة النقض الفرنسية حكماً معروفاً ذهبت فيه إلى تطبيق فكرة الانابة الظاهرة في واقعة كان أصل النيابة فيها مفتياً : وهو الحكم الصادر في ٢٤ يوليو سنة ١٩٠١ (٢) في قضية تتلخص ظروفها في أن إحدى شركات المسكك الحديدية أخطرت المرسل إليه بوصول البضاعة ودعته إلى الحضور لاستلامها فتقدم إلى الشركة ابن المرسل إليه ومعه خطاب عليه توقيع والده الذي كان في

(١) يهنا هنا أن ثلثه إلى وجوب عدم الخلط بين الانابة الظاهرة وبين الانابة الضمنية التي تكلمنا عليها آنفاً بند ٨٧ فالانابة الضمنية تستند إلى إرادة صادرة عملاً من الأصل شأنها شأن الانابة الصريحة وليس الأمر فيها إلا أمر اختلاف صورة التصريح عن الإرادة ولذا فالمسألة التي تعرض لنا بصدد الانابة الضمنية هي مسألة تفسير إرادة الأصل ، أما الانابة الظاهرة فلا تستند إلى إرادة الأصل بل مرجعها إلى فكرة حماية الغير وضمان استقرار المعاملات بالنظر إلى ظروف الحال بلا بحث عن إرادة الأصل بل على عكس هذه الإرادة متى توتر مظهر النيابة . على أنه قد لا يمتنع أن يحدث تلازم بين التكررين في بعض الصور العملية أو أن تغلط بعض الأحكام القضائية بينهما في تسميتهما . الالتزام الأصل بالآثار تصرف النائب . انظر في هذا جاك ليوبي : « الوكالة الظاهرة في علاقتها بالنظرية العامة للظاهر » بحث منشور في المجلة ربع السنوية سنة ١٩٤٧

ص ٢٩٦

J. Léauté : « Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence », Rev. Trim. 1947, p. 296.

وانظر في المجلة نفسها سنة ١٩٥٥ ص ٢٢٦ - ٢٤٠ تعليقاً بقلم جان كاربونييه • وانظر كذلك بحثاً بقلم كريستين لالوج في المجلة نفسها سنة ١٩٧٥ ص ٢٢٢ وما بعدها وخامسة ص ٢٢٧ - ٢٢٨ •

(٢) سيريه ١٣٩/١/١٩٠٢ وانظر تعليقاً على هذا الحكم للأستاذ ديوج في المجلة ربع السنوية ١٩٠٣ ص ٦٥٧ •

الواقع توقيعا مزورا • سلمت الشركة البضاعة الى هذا الابن على أنه نائب عن والده فأقرت محكمة النقض صحة هذا التسليم تأسيسا على الاثابة للظاهرة من الأب لأبنته قائلة في أسبابها ان الشركة قد اعتمدت على المظاهر الدالة على وجود الاثابة وأنه ما كان للشركة في ظروف الحال أن تملك في صحة التوقيع أو في انعدام صفة الابن كنائب عن أبيه • وهكذا فان محكمة النقض الفرنسية لم تنظر الا الى أمرين : وجود مظهر الاثابة وحسن نية الغير ، فأعملت قاعدة النيابة وقضت يرجع آثار العمل الى الأصل على أساس الاثابة الظاهرة •

وقد لقي هذا الحكم انتقادا من بعض الشراح منهم الأستاذ ديموج في تعليقه الذي سلفت الاشارة اليه في الحاشية ، ومهما يكن من أمر فهذا التطبيق لفكرة الاثابة الظاهرة تقتضيه حماية الغير بحسن النية وضمان استقرار المعاملات غير أن من الحق أن يقال ان المسئلة في تطبيق هذه الفكرة الى حد الزام شخص تصرفات نائب مزيف فيه تضحية بمصالح هذا الشخص في سبيل حماية الغير وقد يتج عن هذا ظلم بين في بعض الأحيان •

ولعل الأوفق أن يقتصر تطبيق فكرة الاثابة الظاهرة في حالة انعدام النيابة أصلا على الأوضاع التي تكون فيها الظروف الموهمة بوجود الاثابة من فعل الأصل أو أن يكون سكوتهم — مع علمه — قد أسهم في اقناع الغير بحسن النية بوجود الاثابة وهو مالا نجده في الواقعة التي قضت فيها محكمة النقض الفرنسية بحكمها المتقدم ذكره • على أن هذا الحكم أصبح الآن قديما والأحكام الحديثة لمحكمته النقض الفرنسية ذاتها صريحة في اشتراط أن يكون مظهر الاثابة من خلق الأصل (١) •

(١) نقض مدني ٦ ديسمبر ١٩٦٧ — فالورز ١٩٦٨ ملخصات ٢٣ وانظر الأحكام الأخرى للمشار إليها في حاشية البند ١٢٢ أدناه •

١٢٧ - ولقد تضمن مشروع تنقيح القانون المدني الفرنسي
الذي أقرته اللجنة العامة سنة ١٩٤٨ النصوص التالية بشأن النيابة
الظاهرة :

المادة ٢٥ فقرة ٤ « في حالة عدم الاقرار يلتزم من تصرف عن غيره
« بلا مكنة أو في خارج حدود المكنة بأن يعرض الضرر الذي سببه »
« للغير حسن النية الذي كانت له مصلحة في تعاضد التصرف » .
المادة ٢٦ « لا يجوز للأصيل أن يحتج بتقييد أو سحب أو انتهاء
« مكنة النائب قبل من كان يجعل ذلك في الوقت الذي اكتسب فيه »
« حقوقا بواسطة النائب » .

وقد ثارت حول هذين النصين مناقشات طويلة في لجنة التنقيح
اذ رأى بعض أعضائها ومنهم الأستاذ نبوايه أن نصوص المشروع
لا تكفل للغير الحماية الواجبة لأن تلك الحماية لا يكفلها مجرد الزام
النائب الظاهر بالتعويض فقد يكون ذلك النائب معسرا واذن فيؤدي
نص المادة ٢٥/٤ الى تغليب مصلحة الأصيل على مصلحة الغير حسن
النية وعلى اعتبار استقرار المعاملات ، ودافع الأستاذ نبوايه عن نظرية
النيابة الظاهرة على أساس أن الأصيل في ذلك الوضع ينشئ مخاطر
عليه هو أن يتحمل تبعاتها ولا يتحمل تلك التبعة الغير المتعامل مع النائب
الظاهر (١) .

كما تعرضت مناقشات اللجنة عند نظر المادة ٢٦ (وهي المادة ٣٢
من المشروع التمهيدي) الى القضاء المستقر بشأن الانابة الظاهرة وهو
القضاء الذي يتشدد مع الموكل الذي لا يوضح بجلاء حدود مكنة
الوكيل فتلتزمه لذلك كل تصرفاته في الحدود الظاهرة ، وقال أحد

(١) أعمال لجنة تنقيح القانون المدني (الفرنسي) - ٣ ص ٣٣٠ - ٣٣١ .

الأعضاء (الامتاذ مازو) أن نص المادة ٢٦ هو استمرار لهذا القضاء ولو أنه يخص بالذات حالة تقييد المكتنة وسحبها وإتاحتها (١) .

والخلاصة أن مشروع تنقيح القانون المدني الفرنسي لم يقنن كل أحكام القضاء الفرنسي المستقرة في شأن النيابة الظاهرة وإن صرحت الأعمال التحضيرية بأن نصوص المشروع تكريس للقضاء القائم . وعلى هذا فيظل القضاء الفرنسي أوسع من نصوص مشروع التنقيح أما التقدير النهائي لتلك النصوص فمتروك لحين صدور التشريع بها وعلى ضوء ما سيتناولها به القضاء عند التطبيق والتفسير (٢) .

٢٨ - هذا وقد حوى قانون الالتزامات السويسرى في المادتين ٣٣ فقرة ثالثة و ٣٤ فقرة ثالثة (٣) نصوصا تفيد اقرار هذا القانون لفكرة الانابة الظاهرة فقد نصت المادة ٣٣/٣ على أنه في حالة الانابة الخارجية يتحدد مدى النيابة على ضوء العبارات الموجهة الى الغير ، والفقه السويسرى جار على أن تبليغ الانابة ولو كان غير صحيح (لانعدام المكتنة في الحقيقة) هو الذى يحدد مدى مكتنة النائب بالنسبة للغير (٤) .

(١) المرجع المذكور ص ٢٤٨ .

(٢) عدلت فرنسا عن فكرة تنقيح قانونها المدني تنقيحا شاملا وحلت لجنة التنقيح بسنة ١٩٦٥ فانتهت بذلك امكانية صيرورة مشروع اللجنة تشريعا وضما وإن بقيت لأعمالها قيمتها العلمية التى لا شك فيها .

(٣) انظر نصها فى ملحق الكتاب .

(٤) فون تومر ص ٢٩٠ - ٢٩١ وانظر الحاشية رقم ٢٤ حيث يقرر المؤلف ان هذه القاعدة لا تقتصر على مدى النيابة وإنما تنطبق أيضا فى حالات انعدام النيابة أصلا .

• وانظر دى سومور ص ٧١ وما بعدها حيث يقول المؤلف ان الأمر ليس متعلقا بصرفه قانوني acte juridique بل بتبليغ communication وعلى هذا فمسلكه الاحيل يترتب عليه آثار النيابة المقررة فى القانون ولو لم تصرف ارادة الامسحيل الى أحداث تلك الآثار

« ce ne s'agit pas d'un acte juridique mais d'une communication. L'attitude « du représenté entraîne les effets de droit prévus par la loi, même si ceux-ci « n'ont pas été voulus ». De Saussure : L'acte juridique fait sans pouvoir de représentation, p. 72.

كما نصت المادة ٣٤/٣ على أن الأصل متى أبلغ الغير اما بعبارة صريحة واما بأفعاله وسلوكه وجود النية ومداه فلا يستطيع الاحتجاج على الغير حسن النية بانتهاء الانابة أو بتضييق حدودها الا اذا بلغ به ذلك الغير . وقد جرى قضاء المحكمة الفيدرالية السويسرية على تطبيق مبدأ الانابة الظاهرة ومن أحكامها في هذا الصدد الحكم الصادر في ٢ نوفمبر سنة ١٩٤٨ (١) قاضيا بأن الانابة ليست خاضعة لأي شكل وأنها قد تكون ضمنية حتى ولو كان الأصل يبتا من بيوت التجارة وعلى ذلك فقد ألزمت المحكمة صاحب الشأن بتصرفات موقف كان يزاول - اغتصابا - سلطات النائب القانوني للمحل وذلك بعلم الأصل الذي كان يتسامح في ذلك ، وقد اعتبر هذا الحكم تطبيقا لنظرية الثقة من مقتضاها تغليب مصلحة الغير حسن النية على مصلحة الأصل (٢) . ومن تطبيقات القضاء السويسري لمبدأ الانابة الظاهرة ما يلي (٣) :

المحامى الذى يترك فى مكتبه أثناء عطلة محاميا تحت التمرين ويسمح له باستعمال مطبوعات المكتب يعتبر أنه قد أنابه عنه نيابة ظاهرة.

(١) مجموعة أحكام المحكمة الفيدرالية ١٤٩/٢/٧٤ - A.T.F. 74, II, 149 ومشار

Revue Trim., 1950, p. 246

اليه في المجلة ربع السنوية سنة ١٩٥٠ ص ٢٤٦

« La délégation de pouvoirs n'est subordonnée à aucune forme. Une autorisation tacite n'est pas exclue, même de la part d'une maison de commerce. Cette autorisation tacite a été admise par le Tribunal Fédéral dans le cas où un patron tolérerait l'usurpation par un employé des fonctions d'un représentant muni de pouvoirs. En effet, d'après la théorie dite de la confiance, c'est la protection des tiers de bonne foi qui doit prévaloir sur l'intérêt de l'employeur ».

(٢) النظرية المسماة بالنظرية الثقة اقام بنهايتها الفقه السويسرى واعتبرت متوسطة بين

نظريتي الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة ومقتضاها يوجه عام الاعتدال بالإرادة على النحو الذى يستطيع أن يقيسها به الغير حسن النية في ضوء ظروف الحال بالنظر الى الثقة الواجبة للمعاملات وتعتبر على هذا الوجه لونا من ألوان نظرية التعبير عن الإرادة

أنظر الدكتور أحمد زكى الشيبى « تكوين العقد وتفسيره في القانون المصرى الجديد » مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٩ ص ٨٦ - ٨٧ (بالقرنية) وخاصة ص ٤٧ - ٤٨

ويرى المؤلف أن القانون المصرى الجديد قد أخذ بهذه النظرية في صدره تفسير الملود . ويرى المؤلف أن القانون المصرى الجديد قد أخذ بهذه النظرية في صدره تفسير الملود .

(٣) هذه الأحكام مشار اليها في دى موسور . لارجع ص ٧٢ - ٧٣ .

(مجموعة أحكام المحكمة الفدرالية ١٧٥/٣/٥٣ وجريدة المحاكم ١٩٢٨/٢/٧٤) وكذا المحل التجارى الذى يترك أحد الأشخاص يستعمل استمارات العقود الخاصة بالمحل (مجموعة المحكمة الفدرالية ٢١٥/٢/٤٩) .

والشركة التى تقر بانتظام تصرفات أحد مديريها خارج نطاق مكتبه الحقيقية (مجموعة المحكمة الفدرالية ١٣٨/٢/٥٠ وجريدة المحاكم عام ١٩٢٤/١/٣٤٨) .

كما اعترفت المحكمة الفدرالية بصفة النيابة الظاهرة لابن أحد التجار الذى حضر فى مكتب والده مفاوضات خاصة بمقد من العقود كما حضر ابرام ذلك العقد (مجموعة المحكمة الفدرالية ٢٨٤/٢/٣٢) .

١٢٩ - ويخلص الفقه السويسرى من الأحكام القضائية الى أن المادة ٣٣ فقرة ثالثة من قانون الالتزامات لا تحمى مجرد الثقة التى يضعها الغير فى النائب الظاهر اعتباطا وانما تحمى الثقة التى تبررها حالة ظاهرها وجود الحق وتكون منسوبة الى الأصل (١) .

ويرى ذلك الفقه أن لقاعدة النسيابة الظاهرة عنصرين شخصى وموضوعى: فالعنصر الشخصى هو حسن نية الغير المتعامل مع النائب الظاهر .

والعنصر الموضوعى هو وجود حالة من حالات حماية حسن نية أى وجود مظهر خارجى يوحى بوجود النيابة ويكون منسوبا الى الأصل (٢) .

وتوفر هذين العنصرين ، يؤدى الى حماية استقرار المعاملات مع

(١) دى موسود . المرجع السابق ص ٧٣

(٢) دى موسود . المرجع السابق ص ٧٩ - قرب حكم النقض لقررى ٢١ يناير

١٩٧٦ للشار اليه فى المند ١٢٥ ١٩٧٦ .

عدم المساس في نفس الوقت بمصالح الأصل الجديرة بالحماية .
فالأصل أن الغير الذي يتعامل مع النائب هو الذي يتحصل تبعه انعدام
المكنة أو قصورها غير أن هذه التبعة تنتقل الى عاتق الأصل كلما كان
للغير أن يركن الى مظهر من فعل الأصل (١) مؤداه وجود النيابة أو
شمول مكنة النائب للتصرف المبرم مع الغير .

١٣٠ - وفي مصر نجد أن المادة ١٠٧ من القانون المدني تنص
على أنه « اذا كان النائب ومن تعاقده معه مجهلان معا وقت العقد انقضاء
النيابة فان أثر العقد الذي يبرمه حقا كان أو التزاما يضاف الى الأصل
أو خلفائه » (٢) وهذا النص العام جديد في التقنين المصري اذ لم يكن

(١) تحرص بعض الأحكام - وهو حرص في محله - على تحديد الوقائع المؤدية الى
التول بأن مظهر النيابة هو من فعل الأصل أو يمكن أن ينسب اليه بحيث يتحمل نتائج
ومن ذلك حكم محكمة استئناف بروج ١٥ أكتوبر سنة ١٩٥٧ - دالوز الأسبوعي
١٩٥٨ - ١٠٣ ، وقد أبرز هذا الحكم وجوب صدور المظاهر الخارجية عن الأصل أو امكان
نسبتها اليه كنتيجة لاعماله أو تسامحه ، وذلك اذا تقرر للحكمة أنه :

« لكي تلزم الشركة بتصرفات مديرها الخارجية عن حدود سلطته والتي قام بها لمصلحته
الشخصية يجب أن تنطوي تلك التصرفات على اساءة استعمال عنوان الشركة وأن تكون
معلومة للشركاء أو يقروها أو يتسامحوا فيها » .

وبالتالي فان مدير أحد بنوك الودائع المتخذة شكل شركة توصية بسيطة اذا اصدر
بترقيته سندات مما يسمى bons de gestion لا يلزم البنك بذلك السندات
طالما أن ذلك المدير لم يستعمل اسم البنك وأن الشركاء لم يعلموا بأمرها ولم يقروها
ولم يتسامحوا فيها ، فعبلا عن أن تصرفات المدير هذه جاءت مخالفة لفرض الشركة وطبيعتها
حيث أن اصدار مثل تلك السندات ممتنع على بنوك الودائع » .

(٢) جرى القضاء المصري على تطبيق هذا الحكم قبل صدور القانون المدني الحالي
اعمالا للمادة ٥٣٠ مدني قديم وذلك في حالات انقضاء الوكالة بسبب الوفاة . فمن ذلك
حكم محكمة استئناف مصر ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٢ للحكام ١٣/٢٥٣/٧١٥ « ... الأعمال
التي يجريها الوكيل بعد وفاة الموكل بدون أن يعلم بوفاته تكون صحيحة وقانونية ...
وتصرف الوكيل وهو لا يعلم بوفاته موكله ليس باطلا بطلانا مطلقا بل بطلانا نسبيا فلا
يحتج به الا ورثة الموكل وفي وجه من عامل الوكيل بسوء نية » .

وكذا حكم محكمة بنى مسويث الابتدائية ٩ يناير سنة ١٩٦٦ - الحامدة
١٦/٢٢٦/٥٢١ والمجموعة الرسمية ٢٧/٢١٤ « ... مرجع عليه قضاء أنه وان كانت الوكالة
تنهى بوفاته الموكل الا أن أعمال الوكيل التي قام بها بغير علمه بوفاته الموكل تظل =

القانون المدني القديم يحوى سوى نص المادة ٥٣٠ وحكمها خاص بالوكالة وقاصر على حالة انقضائها بموت الموكل أو بعزل الوكيل .

وهذا النص الرامى الى حماية الغير حسن النية يستوحى ولا شك الاعتبارات نفسها التى تقوم عليها النيابة الظاهرة وإن لم يكن تطبيقا لها لأن الغرض هنا أن النيابة وقد تحقق سبب انقضائها فإن القانون مع ذلك يبقيا ويعمل آثارها حماية لمن تعاقد على أساس وجود النيابة ولم يكن يعلم بانقضائها وقد بينت المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني أنه قد قصد من تقرير هذا الحكم الى توفير ما ينبغى للمعاملات من أسباب الثقة والاستقرار (١) وهو الاعتبار المنصور اليه فى جميع حالات النيابة الظاهرة فى كافة التشريعات (٢) .

= صحيحة . ولكن هل كان القضاء فى ظل القانون القديم يطبق نفس القاعدة فى غير حالة الوكالة ؟

قضت محكمة النقض فى دعوى ينطبق عليها القانون المدني القديم بأن حكم المادة ٥٣٠ خاص بالوكالة فلا يسرى على النيابة القانونية بحيث إذا كان المحجور عليه قد توفى قبل صدور قرار المجلس الشسمى باعتداد تصرف القيم فإن التصرف المذكور لا يقوم صحيحا ولو كان الغير المتعاضد مع القيم حسن النية بل ولو كانت الوفاة مجهولة وقت التصرف من جميع دوى الشأن . وأخذا بهذا المبدأ تنضت للمحكمة حكم الاستئناف الذى كان قد فسخ صحة انصرف قياسا على المادة ٥٣٠ باعتبار أن القوامة نوع من الوكالة يسرى عليه حكم تلك المادة - أنظر حكم النقض أول مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض المدني - السنة الثانية - العدد الثانى رقم ٧٣ ص ٣٩٤ وما بعدها . وعندنا أن حكم النص المذكور لا يتفق وضرورة استقرار المعاملات بينما أن حكم الاستئناف النقضى كان أكثر تمسكا مع تلك المصلحة وهو الاتجاه الذى أخذ به المشرع فى القانون المدني إنحال إذ جاء نص المادة ١٠٧ عاما ينسحب على كافة أنواع النيابة من اتفاقية قانونية بحكم وروده فى صيغة عامة وبين «والا النيابة بوجه عام خلافا لنص المادة ٥٣٠ من القانون القديم التى وردت فى باب الخاص بمقد الوكالة .

(١) المذكرة الايضاحية على المادة ١٦٠ من المشروع التى أصبحت المادة ١٠٧ من القانون

(٢) النيابة فى هذه الصورة التى نصت عليها المادة ١٠٧ نيابة حقيقية وليست ظاهرة وذلك لأنها وجدت فعلا وكل ما هنالك أن القانون نص على تراخي انقضائها - رغم تحقيق الواقعة المنهية لها - وذلك فى الحالات التى لا يعلم فيها ذوو الشأن (النائب والغير المتعاضد) بتلك الواقعة فهى إذن نيابة حقيقية استمر قيامها بنص القانون لاعتبارات تماثل تلك التى يقوم عليها مبدأ الإنابة الظاهرة . انظر العتورى : الوسيط ج٧ - المجلد الأول - ص ٦٥٨ .

وقد حوت المذكرة الايضاحية فى تعليقها على المادة ١٦٠ من المشروع (المادة ١٠٧ من القانون) تطبيقاً آخر أبلغ فى الدلالة على أخذ الشارع المصرى بالمبررات التى تستند اليها فكرة النيابة الظاهرة فقد جاء بها أنه اذا كانت النيابة مثبتة بالكتابة و «احتفظ النائب بسند نيابته بعد انقضاءها ، كان لمن تعاقد معه بناء على ثقته فى هذا السند حق التمسك بالنيابة ويستوى فى هذه الحالة أن يكون النائب عالماً وقت التعاقد بانقضاء نيابته أو أن يكون جاهلاً بهذه الواقعة • وقد روى فى تقرير هذه القاعدة ما هو ملحوظ من خطأ الأصل فى عدم سحب السند من النائب بعد انقضاء النيابة مباشرة » فهنا نجدنا أمام حالة لم يعد فيها للنيابة وجود فى الحقيقة ولكن طرفاً منسوباً الى خطأ الأصل (الاهمال فى سحب السند المثبت للانابة) دفع الغير الى الاعتقاد عن حسن نية بأن النيابة موجودة وعلى هذا فيتحقق حكم النيابة استناداً الى الانابة الظاهرة (١) •

١٣١ - ويحوى القانون الانجليزى فى نظامه المقابل للنيابة والمعروف باسم agency قواعد يمكن تقريبها من قواعد الانابة الظاهرة فى القوانين اللاتينية وغيرها مما تقدمت الاشارة اليه وهذه القواعد فى القانون الانجليزى ليست الا تطبيقاً لقاعدة كلية من قواعد مؤداها أنه لا يقبل من الشخص قول يتناقف مع سابق سلوكه متى كان هذا السلوك دافعا للغير الى تغيير فى مركزه القانونى change in position - وهى يمكن أن تقابل بقول فقهاء الشريعة عندنا

(١) استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٨٩٧ - البلتان ٢٨٦/٩ : « ان بقاء سند التوكيل بين يدى الوكيل حتى بعد عزله وعدم بذل الموكل أى سعى لسحبه منه يبيح للغير أن يفترض قيام الوكالة » . وفى واقعة الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم كان الموكل قد أنهى الوكالة باعلان على يد محضر وجهه الى كبير كتاب المحكمة ولم يثبت علم الغير به ، كما ثبت للمحكمة استمرار قيام الوكيل بشئون الموكل حتى بعد عزله بالطريقة المذكورة ، اى أنه كان ظاهراً يظهر الوكيل •

« من سعى في نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه » - ولهذه
الكلية في القانون الانجليزي تطبيقات عديدة منها حالة النيابة وتسمى
هذه القاعدة الكية في اصطلاح القانون الانجليزي estoppel كما
يطلق على النيابة المبينة عليها اصطلاح agency by estoppel
وجدير بالذكر أن هذه القاعدة ليست من القواعد الموضوعية في
القانون الانجليزي بل هي من قواعد الاجراءات المتعلقة بالاثبات
وتنطق في ذلك القانون بوجه من ثلاثة وجوه :

١ - لا يقبل من شخص اثبات عكس ما يحتويه حكم قضائي
نهائي ومن هذا الوجه تقابل قاعدة الـ estoppel قاعدة حجية الشيء
المقضى به في القوانين اللاتينية *

٢ - ولا يقبل من شخص اثبات عكس ما يحتويه تعهد مكتوب
deed صادر منه *

٣ - وأخيرا لا يقبل من شخص اثبات عكس ما يستظهر من
سابق مسلكه وهذا الوجه هو أهم أوجه هذه القاعدة اذ يتفرع عنه
في العمل الكثير من الأحكام ومنها النيابة الظاهرة في الأحوال التي
يكون فيها مسلك الأصيل مؤديا الى الاعتقاد بوجود النيابة (١) *

وعلى ذلك فتوجد النيابة الظاهرة في القانون الانجليزي كـ
كان مسلك الشخص مدعاة للغير حسن النية الى الاعتقاد بأنه قد
أتى عنه تحملا آخر ففي هذه الحالة اذا تعامل هذا الغير مع ذلك

(١) انظر في قاعدة الـ Estoppel في القانون الانجليزي - دارجلان : رسالة

جرينويل سنة ١٩٤٣

Jargent : Une théorie originale du droit anglais en matière de preuve : la
doctrine de l'estoppel, Thèse, Grenoble, 1943.

النائب الظاهر فلا يقبل من صاحب الشأن أن ينكر علاقة النيابة لتنافي هذا القول مع سابق سلوكه (١) .

وينطبق هذا الحكم في حالات انعدام النيابة أصلاً في حقيقة الأمر ، كما ينطبق كذلك في حالات تجاوز النائب لحدود نيابته وإن كان انطباقه في حالات تجاوز حدود الاذنية لا ينبغي في التحقيق على مبدأ الـ *estoppel* وإنما على فكرة المكنة الظاهرة وتغليب تلك المكنة الظاهرة على المكنة الحقيقية للنائب بالنسبة للغير حسن النية (٢) .

وإذن فالنيابة الظاهرة في القانون الانجليزي تشمل حالات تجاوز النائب حدود مكنته ويكون مبناها في هذه الحالة أن العبرة بالنسبة للغير حسن النية هي بالمكنة الظاهرة دون المكنة الحقيقية ،

Anson : « Principles of the Law of Contract and of Agency in its relation to Contract », Oxford 1920, p. 4033. — Bowstead : « A Digest of the Law of Agency », art. 9, page 21 : « Where any person, by words or conduct, represents or permits it to be represented that another person in his agent, he will not be permitted to deny the agency with respect to any third person dealing, on the faith of any such representation, with the person so held out as an agent, even if no agency exists in fact ».

« متى كان الشخص يظن أنه قد أظهر شخصاً آخر بظهر النائب عنه أو تناهى عن ظهور ذلك الشخص الآخر بهذا المظهر ، فلا يقبل منه انكار النيابة قبل الغير المتعامل على أساس ذلك المظهر مع الشخص الظاهر كنائب ولو لم تكن هناك نيابة أصلاً في الحقيقة » . بوستيد : المرجع المذكور .

وانظر مستولجار ص ٢٠ - ٣٠ حيث ينتقد الاعتماد المبالغ فيه على قاعدة الـ *estoppel* في تبرير الزام الاصيل بتصرفات نائبه الظاهر . وانظر مثل ذلك الانتقاد في ميني ص ٨٣ حاشية ٤٥ وص ١٨٤ .

(٢) بوستيد : المرجع المذكور ص ٢٧٠ - ٢٧١ :

« Every act done by an agent in the course of his employment on behalf of the principal, and within the apparent scope of his authority, binds the principal, unless the agent is in fact unauthorized to do the particular act, and the person dealing with him has notice that in doing such act he is exceeding his authority ». Bowstead : op. cit., pp. 270-271.

« كل تصرف للنائب في أثناء قيامه بمهمته لحساب الاصيل يدخل في نطاق مكنته الظاهرة . يربط الاصيل ما لم يكن النائب في حقيقة الأمر غير مخول له في ذلك التصرف الممنوع وكان الغير المتعامل معه عالماً بأن النائب إذ يجري التصرف المذكور يتجاوز حدود مكنته » . وانظر التطبيقات العديدة الواردة في المرجع المذكور .

كما تشمل النياية الظاهرة في القانون الانجليزي حالات تكون فيها علاقة النياية منعقدة أصلا في حقيقة الواقع ولكن يكون مسلك صاحب الشأن مدعاة للغير الى الثقة بوجود الانابة وفي هذه الحالة يكون معنى النياية الظاهرة القاعدة الكلية سالفة الذكر وهي أنه لا يقبل من أحد قول يتنافى مع سابق مسلكه (estoppel)

كما تنطبق هذه القاعدة بالطريق العكسي على الشخص الذي يتعامل دون أن يشير الى أنه نائب ثم يدعى النياية عن غيره في التصرف الذي أجراه فهنا لا يقبل منه هذا القول لتعارضه مع سابق تصرفه كصاحب شأن أصيل (١) •

هذا وان قاعدة الانابة الظاهرة على الوجه المتقدم مأخوذ بها كذلك في القانون الأمريكى فهي قاعدة تنظم الشرائع الانجلوسكسونية عموما (٢) •

ويقسم الفقه الأمريكى قاعدة الانابة الظاهرة على أسس ثلاثة :

١ - اعتقاد خاطئ من جانب الغير في وجود الانابة أو دخول التصرف في حدودها •

٢ - أن يكون المظهر الخاطئ للنياية من خلق الأصيل بقوه أو فعله أو امتناعه •

(١) انظر مع ذلك أحكام الأصيل للمستتر في القانون الانجليزي فيما يل بند ١٥٤ ،

(٢) انظر في القانون الأمريكى Reestatement, 2nd (1958), Agency, Section 8 and 8 B.

وينتقد جانب من الفقه الأمريكى تأسيس النياية الظاهرة على مبدأ ال estoppel ويفضل أن يطلق عليها اسم « السلطة القاهرة » apparent authority غير أن الرأي الاغلب هو تأسيسها على المبدأ المذكور . انظر المرجع السابق في الوضع المذكور وبخاصة التعليل حرف على البند ٨ : Section 8, Comment d وكذلك Mechem بند ٨٦ وما بعده و Person الجنود ١٤٣ - ١٥٥ •

٣ - حسن نية الغير في الاعتماد على ذلك المظهر الذى خلقه
الاصيل (١) .

١٣٢ - ونجد من جزئيات الأحكام فى الشريعة الفراء ما قد
يسوغ القول بأن الشريعة تقر فكرة الانابة الظاهرة وأن العبرة فيها
بظاهر مكنة النائب بالنسبة للغير حسن النية دون حقيقة تلك المكنة فى
واقع الأمر .

من ذلك قولهم فى وجوب ابلاغ انقضاء النيابة الى الغير .
« ان كان رب الدين وكله بمحضر من المطلوب (أى المدين) يبرأ
بالدفع حتى يأتية الخبر أنه قد أخرجه من الوكالة لأن توكيله إياه »
« بمحضر من المطلوب أمر للمطلوب بالدفع اليه ثم الاخراج نهى له »
« عنه ذلك فبعد ما علم بالأمر لا يثبت حكم النهى فى حقه ما لم يعلم »
« به » (٢) .

ومثل ذلك ماورد فى حاشية ابن عابدين « وكله بقبض الدين »
« ملك عزله ان بغير حضرة المديون وان وكله بحضرته لا تتعلق »
« حقه به كما مر الا اذا علم به (بال عزل) المديون فحينئذ ينزل ثم »
« فرع بقوله دفع المديون دينه اليه أى الوكيل قبل علمه أى المديون »
« بعزله يبرأ وبعده لا لدفعه الى غير وكيل » (٣) .

وعند غير الحنفية تجد الحكم الجزئى عنه معللا بمنع

(١) كروىلا بند ٦ و ٢٤ و ٥٧ الى ٦٢ .

(٢) للبسوط ج ١٩ ص ٦٩ .

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٤ ٤٣٤ (يولاق سنة ١٣٢٥) .

(٤) المفتى ج ٥ ص ٢٤٢ (مصر سنة ١٣٤٧) :

« والرواية الثانية عن أحمد لا ينزل قبل علمه ببوت للوكيل وعزله نص عليه فى
رواية جعفر بن محمد لأنه لو انزل قبل علمه كان فيه ضرر لأنه قد يتصرف تصرفات
فتقع بالمطلة وربما باع الجارية فيأثمها المشتري أو الطعام فيأكله أو غير ذلك فيصرف
فله المشتري ويجب ضمانه ويضرر « المشتري والوكيل » .

الضرر (٤) • وهى علة اذا أطلقناه جاز أن ينبنى عليها جميع حالات النيابة الظاهرة المعروفة فى القوانين الحديثة كما تقدم لنا بيانه •

١٣٢ مكرر - وقد افرد قانون الوكالة السودانى الصادر سنة ١٩٧٤ - من بين قوانين الدولة العربية - بإيراد نص تشريعى صريح على مبدأ الانابة الظاهرة وذلك اذ تنص المادة ١١ منه على أنه « تكون السلطة ظاهرة اذا خلق الأصل بقوله أو بسلكه مظهرا أو سمح بخلق مظهر يفهم منه أن لشخص ما السلطة فى العمل نيابة عنه ولم تكن لذلك الشخص سلطة وتعامل الطرف الآخر مع ذلك الشخص بصفته وكيلًا اعتمادا على ذلك المظهر » . ولفظ السلطة يستعمله قانون الوكالة السودانى بمعنى مكنة الوكيل أو صفته فى التصرف لحساب الموكل وقد تقدم له تعريف ذلك اللفظ فى المادة الثالثة فقرة ٢ منه كالآتى : تسمى قدرة الوكيل فى التأثير على علاقة الأصل القانونية مع الأطراف الأخرى « السلطة » •

١٣٣ - وقد بحث عديد من الشراح الأساس القانونى لالتزام الأصل تصرف النائب الظاهر محاولين ادخال هذا الوضع ضمن نظام من النظم القانونية المعهودة فبعضهم اذ وجد الأصل ملزما بآثار تصرف النائب الظاهر من غير أن تكون هناك اناة صادرة من الأصل أراد أن يستند هذه النتيجة الى المسؤولية التقصيرية باعتبار أن مثل هذا الأصل مرتكب لخطأ شخصى (يتمثل فى ايجاد الظروف التى وهمت الغير بقيام النيابة) فيلتزم اذن بتعويض الغير عن الضرر الذى أصابه ويكون التعويض عينيا بالزام الأصل بنتائج تصرف النائب الظاهر (١) •

(١) ينظر تفصيل هذا الراى فى جيزو : « الظاهر كمصدر للمسئولية » رسائل
باديس سنة ١٩٣٧ ص ١٢٠ - مضار اليه فى بحث ليونى عن الوكالة الظاهرة المنشور
بالجلة ربع السنوية سنة ١٩٤٧ ص ٣٠٠ •

ولقد يمكن أن يقال أن أغلبية أحكام القضاء كانت تنحاز ضمنا لهذا الرأي في الأساس القانوني لالتزام الأصيل بتصرف النائب الظاهر وذلك إذ تشير الأحكام إلى « الظروف التي يمكن نسبتها إلى خطأ الأصيل » أو إلى « مسلك الأصيل وخطئه » باعتبارها منشئة لمظهر النيابة بالنسبة للغير حسن النية ، على أننا لا نعتقد أن الأحكام الكثيرة التي استعملت هذه التعبيرات كانت تقصد اتخاذ المسؤولية التقصيرية أساسا لالتزام الأصيل فهي إنما كانت تقرر القاعدة دون بحث عن تبريرها الفقهى (١) .

هذا إلى أن أصلت محكمة النقض الفرنسية بدوافرها المدنية المجتمععة في حكم صادر في ١٣ ديسمبر سنة ١٩٦٢ (٢) أساس نفاذ

(١) أنظر تعليق للألف على حكم استئناف القاهرة ٨ فبراير ١٩٥٥ (التشريع القضاء ١٠٥/٢٢٧) المشار إليه آنفا بند ١٢٥ فقد أشار الحكم المذكور إلى حق الغير في « أن يندفعوا بتنفيذ مثل هذا التصرف في حق الموكل أو بالأقل اعتبار هذا الأخير مستولا عن خطأ وكيله الذي اختاره ليتوب عنه في معاملاته مع الغير » - وقد اشترنا في التعليق المذكور إلى ما في اتخاذ المسؤولية التقصيرية (سواء عن الخطأ الشخصي أو من خطأ الغير) أساسا لنفاذ التصرف في حق الأصيل من خلط بين مجال الوقائع القانونية ومجال التصرفات القانونية ، فضلا عن أنجزاء المسؤولية التقصيرية هو توقيف الغير أما نفاذ التصرف بمقتضى مبدأ الإلابة الظاهرة فيشمل كافة آثار التصرف حقوقا كانت أم التزامات ومنع هذه الآثار هو تصرف النائب الذي أجراه مع الغير وليس خطأ الأصيل أو خطأ النائب . هذا ويلاحظ ما يؤدي إليه اتخاذ المسؤولية التقصيرية أساسا لالتزام الأصيل بآثار تصرف النائب الظاهر من نتائج تجافي حكمة تقرير مبدأ النيابة الظاهرة وأول هذه النتائج إيقاع عبء اثبات الخطأ على عاتق الغير المتعامل مع النائب وهو عبء قد ينوء به هذا الغير للتصود بالحماية في كثير من الأحيان .

وأفضل كذلك انتقاد تأسيس الإلابة الظاهرة على المسؤولية التقصيرية : كاليه - أولوا ، رسالة من مونبلييه سنة ١٩٥٩ .

Colais-Arlov : Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, Thèse, Montpellier, 1959, pp. 57 et 58.

Cass. Ass. Plén. Civ., 13 déc. 1962, Bull. 1962, No. 2, p. 3. (٢)

وقد جاء في حيثيات هذا الحكم ما يلي :
 Attendu que, selon le moyen, le mandat apparent suppose une faute imputable au prétendu mandant et se trouvant à la base de l'erreur du tiers...
 Mais attendu... que le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, même en l'absence d'une faute susceptible de lui être repro-

تصرف النائب الظاهر فى حق الأصل وذلك اذ أرجعته الى قيام الحالة الظاهرة دون حاجة الى أى خطأ يمكن نسبته الى الأصل وبهذا الحكم ألهم جعلت المحكمة العليا الفرنسية الظاهر مصدرا للالتبة فى ذاته وبصرف النظر عن خطأ الأصل وذلك بشرط أن يكون لانتخااع الغير بهذا الظاهر ما يبرره أو بعبرة المحكمة « بشرط أن تكون العقيدة التى كونها الغير عن مدى سلطات الوكيل مشروعة بمعنى أن يكون فى ظروف الحال ما يسمح للغير بعدم التحرى عن الحدود الصحيحة لهذه السلطات » ، وكون الغلط الذى وقع فيه الغير « مشروعا » بهذا المعنى هو مسألة تقديرية ترجع الى ظروف كل حالة على حدها •

chée, si la crovance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ces pouvoirs.

والحكم منشور كذلك فى دالوز ١٩٦٣/٧٧ مع تعليق بقلم Calais-Auloy وأنظر تطبيقا آخر على هذا الحكم فى المجلة ربع السنوية ١٩٦٣ ص ٥٧٢ - ٥٧٤ بقلم كورنو Cornu

وقد توالى صدور أحكام جديدة من محكمة النقض الفرنسية تطبيقا لمبدأ النيابة الظاهرة هذه أهم تلك الأحكام :

مدنى ٤ يناير ١٩٦٥ - دالوز ١٩٦٥/٢١٨ ، مدنى ٣٠ مارس ١٩٦٥ - دالوز ١٩٦٥/٥٥٩ ، مدنى ٣٠ نوفمبر ١٩٦٥ - دالوز ١٩٦٦/٤٤٩ مع تعليق بقلم كاليه - أولوا ، تجارى ٢٩ مارس ١٩٦٦ و ٢٥ مايو ١٩٦٧ J.C.P. ١٥٣١٠/مدنى ١٣ يوليو ١٩٦٧ - J.C.P. ١٥٢١٧/١٩٦٧ د أنظر تطبيقا على الأحكام الثلاثة الأخيرة بقلم جيار كورنو فى المجلة ربع السنوية ١٩٦٨ ص ١٦٩ - ١٧٠ ، مدنى ٦ ديسمبر ١٩٦٧ دالوز ١٩٦٨/ملخصات/٤٣ ، تجارى ٢١ فبراير ١٩٦٨ - مجموعة أحكام النقض ١٩٦٨/٢٢٤/٣/١٩٦٨ ، مدنى ٢٢ مايو ١٩٦٨ - مجموعة أحكام النقض ١٩٦٨/٢٢٤/٣/١٩٦٨ ، مدنى ٢١ مايو ١٩٦٨ - مجموعة أحكام النقض ١٩٦٨/٢٢٤/٣/١٩٦٨ ، مدنى ٣ أكتوبر ١٩٦٨ - مجموعة أحكام النقض ١٩٦٨/٢٢٤/٣/١٩٦٨ ، مدنى الدائرة الثالثة ٣ يناير ١٩٦٩ - دالوز ١٩٦٩/ملخصات/٧٨ وهذا الحكم الأخير أثبت صلة النائب الظاهر من مالك العمارة لبرايها الذى ظل لستوات عديدة يوقع على عقود الإيجار وعلى إيصالات الأجرة ، مدنى ٢٩ ابريل ١٩٦٩ دالوز ١٩٧٠/قضاء/٢٣ مع تعليق بقلم كاليه أولوا ، مدنى ٥ ينسايبر ١٩٧٠ - دالوز ١٩٧٠/ملخصات/٤٥ ، مدنى ٤ مارس ١٩٧١ دالوز ١٩٧١/ملخصات/١٥٠ ، مدنى ١٤ ديسمبر ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض ١٩٧١/١٠٣/١٩٧١ مشار اليه أيضا فى المجلة ربع السنوية ١٩٧٧ ص ٥٧٠ مع تعليق بقلم كورنو ، مدنى ١٥ ديسمبر ١٩٧٧ - دالوز ١٩٧٧/Inf. rep. ١63. D. 1977,

وهذا التقدير من اطلاقات قضاة الموضوع لا تعقيب عليه لمحكمة النقض ، وبهذا المعنى قضت محكمة النقض الفرنسية بأن « لقضاة الموضوع بما لهم من سلطة تقديرية أن يقرروا ما اذا كان يخلص من ظروف الدعوى أن الغير كان محقا في اعتقاده بأن الوكيل كان يتصرف في حدود وكالته » (١) .

وشهد الفقه محاولات أخرى لاقامة أساس التزام الأصيل بتصرف النائب الظاهر على فكرة استقرار المعاملات (٢) أو على فكرة المخاطر على أساس أن الأصيل وهو الذي يستفيد من نشاط النائب الظاهر عليه أن يحتل مقام ذلك النشاط (٣) .

ورأى فقيه فرنسي تعرض لبحث مسألة الأساس القانوني لالتزام الأصيل في النيابة الظاهرة ، هو جاك ليوتي ، أن ذلك الالتزام بأثر تصرف النائب الظاهر هو صورة من صور المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير (٤) قد تكون أحيانا مسؤولية المتبوع عن فعل التابع اذا توفرت في النائب الظاهر صفة التبعية كما قد تكون في غير هذه الأحوال صورة خاصة من المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير بمعنى عام (٥) .

وهذا الرأي الأخير يتجه اليه النقد من جهة اقتصراره على جانب واحد من جانبي النيابة الظاهرة هو جانب تجاوز النائب حدود نيابته وذلك باعتراف صاحبه الذي يقرر أنه لا يتعرض للأحوال التي تكون

(١) نقض مدني فرنسي ٣ أكتوبر ١٩٦٨ - مجموعة أحكام النقض ١٩٦٨/٣/٣١١ .

(٢) ديبوج مشار اليه في بحث ليوتي سالك الذكر من ٣٠٢ - وحملة الفكرة هي في الحق ركاز النيابة الظاهرة .

(٣) أنظر ليوتي : المرجع السابق الموضع المذكور .

(٤) مجال هذا الرأي قاصر على حالات تجاوز النائب حدود نيابته دون حالات النيابة الظاهرة التي تكون فيها النيابة منطعة أصلا .

(٥) للمرجع السابق من ٣٠٢ وما بعدها .

فيها الانابة متعمدة أصلا (١) وبذلك يفقد هذا الرأي صفة العموم
فيفقد - بقدر اقتضاره على جانب دون آخر من جواب الموضوع -
شيئا من قيمته النظرية .

وأخيرا نجد أن الأستاذة مازو يجعلون للنياية الظاهرة أساسا
ذا شقين ففي حالة وجود خطأ ارتكبه الأصل سواء في اختبار نائبه
أو في خلق مظهر خداع للغير تقوم النياية الظاهرة على أساس المسئولية
التقصيرية ، وأما في حالة انتفاء الخطأ فأساس تلك النياية عندهم هو
المبدأ القائل ان « الغلط الشائع قانون » تربيا على أن ما وقع فيه
الغير من غلط بشأن وجود النياية أو مداها كان حتما لا يمكن تجنبه
وبالتالي فللغير أن يتمسك بالمظهر الذي أوقعه في مثل ذلك الغلط (٢)

وواضح أن مثل هذا التارجح بين أساسين في مختلف حالات
النياية الظاهرة تضيع معه وحدة ذلك النظام الذي يتطلب تبريرا قانونيا
موحدا ، فضلا عما يتعرض له أول هذين الأساسين في حد ذاته من
انتقادات تقدمت الاشارة الى أهمها .

هذا وان الآراء المتقدمة جميعا ترجع - أول ما ترجع - الى
الميل الطبيعي لادخال كل ظاهرة جديدة في نطاق نظام من النظم
المعروفة ، ولا نجد لها على ذلك وافية بالعرض ولا كاشفة عن جديد
بشأن النياية الظاهرة وخاصة تلك الآراء التي مؤداها الخلط بين ميدان
المسئولية التقصيرية بأنواعها وميدان الالتزامات التعاقدية .

ومما يستلقت النظر في هذا الصدد أن الخلاف النظري حول
الأساس القانوني للنياية الظاهرة قد اقتصر على فقهاء القوانين اللاتينية

(١) المرجع السابق ص ٣٠٦ حاشية ٣ .

(٢) هنري وليون وجان مازو : دروس القانون المدني . الجزء الثاني ، باريس

١٩٦٦ بند ١٥٩ .

وخاصة القانون الفرنسى بينما لا نجد لهذا الخلاف أثرا فى الفقه الانجليزى وعلة ذلك تتضح من مقارنة القانون الانجليزى بالقوانين اللاتينية فى أحكامها المتعلقة بالنيابة الظاهرة • اذ أن النيابة الظاهرة فى القانون الانجليزى هى كما سبق القول (١) تطبيق من تطبيقات قاعدة كلية من قواعد الاجراءات المتعلقة بالاثبات مؤداها أنه لا يقبل من أحد اثبات عكس ما يستظهر من سابق مسلكه • وعلى هذا الوجه وعن طريق قاعدة اجرائية يحل القانون الانجليزى مشكلة النيابة الظاهرة فلا تقوم الحاجة الى البحث عن الأساس النظرى لتلك النيابة: أهو المسؤولية التقصيرية أم مبدأ تحمل التبعة أم غير ذلك مما اختلفت حوله الآراء فى الفقه الفرنسى •

١٣٤ - ولعل الأقرب الى الصواب أن يقال ان الربط بين آثار تعبير النائب الظاهر عن ارادته وبين ذمة الأصيل راجع الى قاعدة قانونية (أرساها القضاء ولها تطبيقات فى بعض النصوص التشريعية) وهذه القاعدة القانونية تحل فى ايجاد تلك الرابطة محل ارادة الأصيل فى الانابة لتحقيقه وذلك تغلبا لاستقرار التعامل وحياطة لمصلحة الغير حسن النية على الوجه الذى يقتضيه توفر الثقة فى المعاملات (٢)

(١) أنفا بند ١٣٦ •

(٢) أنظر فى اعتبار النيابة الظاهرة نيابة قانونية السهووى فى « الوسيط »

ج ٧ المجلد الأول بند ٣٠٨ نهاية ص ٦٦٦ •

وانظر عبد الباسط جيمى : نظرية الأضرار الظاهرة ، القاهرة ١٩٥٦ ص ٢٢٢ - ٢٢٣ حيث يعتبر أساس الانابة الظاهرة قيام مظهر الوكالة من الناحية الواقعية رغم مخالفة ذلك للحقيقة (بحيث) ينبغى أن تتولد عنه بالنسبة الى الغير الحسن النية نفس الآثار التى كانت تتولد عن الوكالة الحقيقية اذا كان هذا المظهر من الجسامة بحيث لا يتسنى للغير أن يعلم بعدم مطابقتها للحقيقة • • غير أن المؤلف لا يبرز ضرورة أن يكون مظهر النيابة من خلق الأصيل أو ممكنا أن ينسب اليه ، بل هو يرى أن شرطى النيابة الظاهرة هما حسن نية الغير وانتفاء الخطأ من جانبه • أنظر بالمعنى نفسه بحثه عن « الوكالة الظاهرة » فى مجلة الموم القانونية والاقتصادية ، السنة الخامسة

(١٩٦٢) ص ٢٢٨ - ٢٢٩ •

وتترتب على اقامة قاعدة الانابة الظاهرة على أساس حماية حسن نية الغير نتيجة هامة من حيث مدى تلك الانابة ، ذلك أن الانابة الظاهرة اذ تنتج عن ظروف الحال وعن مسلك الأصل انما تكون في الاصل غير محدودة المدى بل تعم جميع التصرفات التي يصح أن تشملها الحالة الظاهرية الموحية بوجود النيابة ، وانما يتحدد مدى الانابة الظاهرة بحسن نية الغير المتعامل مع النائب فلا ينصرف أثر التصرف الى الأصل متى كان الغير عالما بانعدام النيابة في الحقيقة أو كان من المفروض حتما أن يعلم بذلك - ولا عبرة بكون ذلك التصرف حسب نوعه مما يدخل في الحدود الظاهرية لمكنة النائب الظاهر . فنطاق الانابة الظاهرة يتحدد بمدى حسن نية الغير لا بما يصح استنتاجه من المظهر الذي خلقه الأصل وحسن النية ينتفى لدى الغير متى علم بعدم وجود الانابة أو كان عليه أن يعلم بذلك ، غير أن التحرر عن حقيقة الواقع ليس واجبا على الغير الا اذا كانت هناك ظروف من شأنها أن تبعث على الريبة في الانابة بمعنى أن لا يفترض في الغير أنه يعلم حتما بانعدام النيابة الا اذا كانت هناك ظروف مريبة وقصر هو مع ذلك في تحرر الحقيقة (١) •

١٦٥ - وقيل أن نختم الكلام عن الانابة الظاهرة نرى أن يربط بينها وبين ما تقدم لنا في القسم الأول من هذه الدراسة من عرض الثريات المختلفة في تفسير النيابة لنجد أن قاعدة الانابة الظاهرة كما استقرت في الفقه وسار عليها انقضاء وكما تتجلى في بعض النصوص التشريعية ، تسند النظرية التي اخترناها وهي القائمة

(١) انظر دي سوسود ص ٩٨

De Saussure : «L'acte juridique fait sans pouvoir de représentations», pp. 98 et 78-79.

وأيا ص ٧٨ - ٧٩ حيث يضرب المؤلف مثلا للظروف التي توجب على الغير بحري الحقيقة قدم تاريخ التوكيل المكتوب وترد النائب الظاهر لخدمة الأصل •

على ارادة النائب دون نظرية ارادة الأصل ودون نظرية اشتراك الارادتين •

ففى حالات الانابة الظاهرة جميعها - سواء ما اتفت فيه الانابة أصلا أو ما كان تجاوزا من النائب لحدود انابته - نجد أن ارادة الأصل فى التصرف الذى قام به النائب الظاهر منعقدة بطبيعة الحال ما دام أن انابة لم تصدر قط عن الأصل فى أحد الفرضين وما دام الأصل لم يدخل ذلك التصرف فى نطاق الانابة على الفرض الثانى •

أما عن اشتراك الارادتين - ارادة النائب مع ارادة الأصل - فى انشاء التصرف القانونى الحاصل بطريق النيابة ، فهذا الاشتراك متفق كذلك فى جميع حالات الانابة الظاهرة ولنفس السبب اذ لا يتصور اشتراك ارادة الأصل فى ابرام تصرف لم يخول للنائب فى ابرامه أصلا سواء لانتفاء الانابة كلية أو لخروج ذلك التصرف عن نطاق الانابة •

اذن فلا يسوغ فى حالات الانابة الظاهرة اسناد التصرف الحاصل بطريق النيابة الى ارادة الأصل ولا القول بأن ذلك التصرف قائم على اشتراك ارادتى الأصل والنائب •

والنظرية الوحيدة التى تنطبق على هذه الحالات هى التى تسند التصرف الحاصل بطريق النيابة الى ارادة النائب وحده على ما فبناه شرحا فيما تقدم من هذا الكتاب (١) فارادة النائب تبرم التصرف وتحدد مداه والقاعدة القانونية توقع آثار ذلك التصرف فى ذمة الأصل اما بحكم الانابة (فى حالات النيابة الاتفاقية) واما بحكم القانون (فى حالات النيابة القانونية) وتلتحق بها حالات النيابة الظاهرة •

(١) انظر ألفا بند ٤٣ وما بعده وبتد ٦٥ وما بعده •

الباب الثاني

في أثر النيابة

١٣٦ - متى أبرم النائب في حدود نيابته تصرفاً قانونياً باسم الأصيل فإن آثار ذلك التصرف تلتحق - بحكم النيابة - بالأصيل مباشرة فتشغل ذمته بما ينتج عن ذلك التصرف من التزامات كما يضاف إليها ما ينشأ عنه من حقوق . وفي هذا الأمر تتجلى القيمة العملية لنظام النيابة - بمختلف تطبيقاته المتعددة في القانون - فنيابة تسمح للشخص بأن يجنى مباشرة النتائج الاقتصادية لتصرفات قانونية لم يبرمها هو وإنما قام بها شخص آخر أحل إرادته محل إرادة صاحب الشأن أما برضاء هذا الأخير أو بحكم القانون .

وفد نص القانون المدني المصري على أثر النيابة في المادة ١٠٥ بقوله : « إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل » (١)

(١) تقابل المادة ١٠٥ مدني مصري المادة ١٠٦ مدني سوري والمادة ٦٤٢ مدني عراقي والمادة ١١٢ مدني أردني والمادة ١٠٥ مدني ليبي والمادة ٣٢ من قانون الوكالة السوداني والفصل ١١٤٩ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية والمادة ٧٤ مدني جزائري ، وقد خلا تشريع المرجبات والعقود اللبناني من نص مقابل غير أن هذا الحكم لا يخرج عما تقتضيه القواعد العامة .

كما عقيت المادة ١٠٦ بقوله « اذا لم يعلن النائب وقت ابرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف الى الأصل دائماً أو مديناً الا اذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل الأصل أو النائب» (١) وعلى هذا فتحقق أثر النيابة باضافة ما ينشأ عن تصرف النائب من حقوق والتزامات الى الأصل مباشرة رهن بعلم الغير المتعاقد مع النائب بوجود النيابة علماً حقيقياً أو مفترضاً (٢)

وستتكمّل أولاً على العلم بالنيابة ثم تتناول في فصول ثلاثة أثر النيابة بالنسبة للأشخاص الثلاثة الذين يتناولهم تصرف النائب وهم الأصل والنائب والغير .

١٣٧ - النيابة لا تنتج أثرها باثشاء العلاقة القانونية المباشرة بين الأصل والغير المتعاقد معه النائب الا اذا كان قصد كل من النائب والغير - وهما المنشئان للعقد - بتلاقى ارادتهما - قد انصرف الى انتاج ذلك الأثر .

ولا يتصور انصراف قصد كل من النائب والغير الى ذلك الا أن يكون العلم بوجود النيابة مشتركاً بينهما والصورة المثلى للاشتراك في العلم بالنيابة هي أن يعلن النائب عند التعاقد أنه يتعاقد بصفته نائباً عن الأصل .

(١) وتقابلها في القانون المدني السوري للمادة ١٠٧ وفي القانون المدني العراقي للمادة ٩٤٣ وفي القانون المدني الليبي للمادة ١٠٧ وفي قانون الوكالة السوداني للمادة ٣٣ وفي القانون المدني الجزائري للمادة ٧٥ وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني للمادتين ٢٢٣ و ٢٢٤ وفي مجلة الالتزامات والعقود التونسية الفصل ١١٤٨ أما للمادة ١١٣ مدني أردني فهي تفرق في مثل الحالة بين حكم العقد وبين حقوقه استعملها من اللغة الاسلامي .

(٢) حكم محكمة القاهرة الابتدائية ٢٣ ابريل ١٩٥٦ - « مجلة الحقوق » التي تصدرها كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية - السنة السادسة ص ١٢٨ وما بعدها مع تعليق للمؤلف .

وهذا ما عنته المادة ١٠٥ عند ذكرها ابرام النائب عقدا في حدود
 نيابته باسم الأصيل ، على أنه لا محل للتمسك بحرفية هذا النص
 واشترط ذكر اسم الأصيل صراحة عند التعاقد لأن المقصود هو علم
 الغير بالتعاقد بأن العقد انما يتم بطريق النيابة وهذا العلم كما قد يكون
 عن طريق الاعلان الصريح من جهة النائب قد يتحقق بطرق أخرى كما
 هو واضح من نص المادة ١٠٦ التالية . فيكفى اذن أن يكون الغير
 المتعاقد مع النائب عالما — بأية طريقة كانت — بأن العقد حاصل بطريق
 النيابة وأن يقصد الارتباط مباشرة مع الأصيل (١) .

١٣٨ — وعلة وجوب العلم بالنيابة واضحة من كون الأصل
 أن كل متعاقد انما يتعاقد لنفسه وأن آثار الارادة التعاقدية تقع في
 ذمة صاحب تلك الارادة ، غير أن نظام النيابة يمكن الأصيل من ايقاع
 آثار قانونية في ذمته بواسطة ارادة شخص آخر هو النائب ، فاذا
 كانت تلك الآثار القانونية ناتجة عن عقد ناشئ عن تلاقي ارادة النائب
 مع ارادة الغير كان لزاما أن يعلم ذلك الغير بالنيابة وأن ينصرف قصده
 — مع قصد النائب — الى ايقاع آثار العقد في ذمة الأصيل حتى تتفق
 الارادتان المنشئتان للعقد على صرف آثاره الى الأصيل أى الى شخص
 لم يكن في الأصل لتلحقه آثار العقد الذي لم يشترك في ابرامه .

١٣٩ — والوقت الذي ينبغي أن يتوفر فيه العلم بالنيابة هو
 وقت انعقاد التصرف أو تلاقي ارادتي النائب والغير الذي يتعاقد معه
 وهذا واضح من عبارة المادة ١٠٦ ذاتها اذ تقول « اذا لم يعلن العاقد

(١) عام الغير يكون العقد حاصلًا بطريق النيابة قد يكون نتيجة لاطلاق النائب اسم
 الأصيل عند التعاقد أى لتعاقد « باسم الأصيل » بالمعنى اللغوي وقد يكون نتيجة لمجرد
 ذكر النائب أنه يتعاقد بصفته نائبًا كما قد يكون نتيجة للظروف التي يسلمها الغير دون
 أن يذكرها المتعاقد معه كما في حالة تأجير الوسي لمقار القاصر فلان آثار الايجارة تلحق
 القاصر بغير حاجة الى أن يذكر الوسي صراحة أنه يتصرف بصفته وصيًا لأن ذلك معلوم
 من الظروف .

وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصل ٥٥ » فإن لم يتوفر هذا العلم - الحقيقي أو الحكيم على ما سيجيء - عند إبرام العقد انتهى حكم النية ولزمت آثار العقد كلا من المتعاقدين شخصياً وإن ظهر في وقت لاحق لإبرام العقد أن أحدهما لم يكن أصيلاً في التصرف . ومن هنا كان الوكيل الذي يتعاقد باسمه شخصياً دون أن يشير إلى صفته (وهو ما اصطلح على تسميته أحياناً بالاسم المستعار) هو الملزوم وحده دون موكله بكافة آثار العقد (١) ولو لجأ مثل هذا الوكيل في وقت لاحق لانعقاد العقد إلى اظهار صفته والاعلان عن شخص موكله الذي أبرم العقد لحسابه لما ترتب على ذلك اجراء حكم النية بوقوع آثار التصرف في ذمة الموكل مباشرة ولا معدى لمثل هذا الوكيل من أن ينقل آثار تصرفه إلى الموكل بتصرف جديد بينه وبين موكله (٢) أو بطريق احلال الموكل محله في العقد بالاتفاق على ذلك مع المتعاقد الآخر ويكون هذا الاتفاق معديلاً للعقد الأول بالنسبة للشخصية أحد طرفيه .

(١) انظر نقض ١٥ ابريل سنة ١٩٤٣ للحاماة ١٧٠/٦٢/٢٥ ونقض ٢٢ مايو سنة ١٩٤٧ - مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاماً ج ٢ ص ١٢٣٥ رقم ٨ ونظماً الابتدائية ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ للحاماة ١٤ القسم الثاني رقم ٥٤ ص ١٠٣ واستئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩٢٢ البلتان ١٨٧/٣٤ واستئناف مختلط ٨ يونيو سنة ١٩٣٦ البلتان ٣٦٦/٣٨ واستئناف مختلط ٣ مارس ١٩٣٦ البلتان ١٧٠/٤٨ واستئناف مختلط ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ البلتان ١٠/٥١ - ونقض فرنسي (عراقش) ١٠ فبراير سنة ١٩٢٦ دائر الأسبوعي ١٦٢/١٩٣٦ ونقض مدني ٢٣ مايو ١٩٦٢ مجموعة الكتب الفني ١٤/١-٤/٧٣٦ وفي هذا الحكم تقرر محكمة النقض المصرية أن « لو كبل المولى إذا تعاقد لحساب موكله باسم نفسه فإن الموكل يبقى أجنبياً عن العقد ولا تنشأ بينه وبين من تعاقد مع الوكيل علاقة قانونية تجيز لأحدهما الرجوع على الآخر بدعوى مباشرة » .

(٢) يطلق البعض على هذه الوكالة تعبير « النية غير المباشرة » (انظر مثلاً عنوان رسالة نيكوليان التي طبعت سنة ١٩١٢ وانظر عبد الحمى حجازي ج ٢ ص ٢٢٩ - وكابوتيه : نظرية الالتزامات باريس ١٩٦٣ ص ٢١٤ وانظر في اللغة الانجليزية ستولجار ص ١١ - ١٢) وهو تعبير ينطوي على تناقض ظاهر لأن مؤدى النية رجوع آثار التصرف على الأصل مباشرة فلا يسوغ أن توصف بوصف « غير المباشرة » .

١٤٠ - قلنا أنه ليس من اللازم أن يذكر النائب عند التعاقد اسم الأصيل لكي تعود الى هذا الأخير آثار العقد « فالقاعدة التي تقدمت الإشارة إليها (قاعدة رجوع الآثار الى الأصيل) تنطبق حيث يتعاقد النائب باسم الأصيل وهي تنطبق كذلك حيث يتعاقد النائب باسمه الشخصي رغم حقيقة نيابته متى كان من تعاقد معه يعلم أو كما ينبغي أن يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو نائبه (١) » وهذا هو الحكم الذي تضمنته المادة ١٠٦ نق المادة ٣٣ فقرة ثانية من قانون الالتزامات والسورى (٢) .

(١) المذكرة الإيضاحية على المادة ١٠٥ (مادة ١٥٨ من المشرع التمهيدى) .
انظر نقض مدني ٢٥ ابريل ١٩٦٣ مجبوعة للكتب المدني ٥٧٩/٨٤/١٤ حيث قرر المحكمة ص ٦٠ : « تعامل الوكيل باسمه مع الغير لا يغير من علاقته مع مكله قبلنا للموكل بموجب عقد الوكالة بتنفيذ ما التزم به الوكيل وكل مافى الأمر أن الوكيل هذه الحالة هو الذي يكون ملزما قبل الغير الذي تعامل معه الا اذا كان من المفروض حتما أن هذا الغير يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوى عنده الى يتعامل مع الاسم أو النائب فمثلئ تكون العلاقة بين الغير الذي تعاقد مع الوكيل وبين الموكل هو المحال في الوكالة الظاهرة » . وتقصص المحكمة بهذه العبارة الأخيرة الوكالة الصريحة أى تعاقد الوكيل باسم الموكل ولا شأن لهذا الحكم بالوكالة الظاهرة بالمعنى الضيق (أما بند ١٢٣ وما بعده) فانقرض في حالات النيابة الظاهرة أن مظهرها متوافر وانتفاها في الحقيقة أما الفرض هنا فهو انتفاء مظهر النيابة (لتعامل النائب باسم الشخصى : ولم وجود النيابة في الحقيقة ولهذا كان يستحسن أن لا تستعمل المحل عبارة « الوكالة الظاهرة » .

(٢) انظر نصها في ملحق الكتاب

وانظر حكم النقض الصادر في ١٨ مايو سنة ١٩٥٠ في دعوى ينطبق عليها الفاء للمدني القديم حيث قرر المحكمة أنه « مادامت المحكمة قد استخلصت استخلاصا سالما عبارة عقد شراء ارض الكنيسة ومن ظروف الدعوى وملابساتها أن مشتري الأرض اأقيمت عليها الكنيسة لم يتعاقد باسمه وحصلته الا هو اشتراها من الحكومة بصد رئيس طائفة الأقباط الارثوذكس وراعى كنيستها ولم يكن قصده من شرائها متصرفا اضافتها الى ملكه بل هو اشتراها بصفته سالفة الذكر لبناء كنيسة ومدبرتين للطا عليها وبذلك لا تكون ملكية الأرض قد دخلت في ذمته بل تكون انتقلت مباشرة الحكومة الى الطائفة التي يرأسها - فلا مخالفة في ذلك للقانون » مجبوعة القرو القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ جانا ١٩٦٠ ص ٣٦٩ رقم ١٩٦٠ . وانظر أ : نقض ٢٠ يونيو ١٩٦٨ - للحاماة ٩٩/٦٤/٥٠ وفيه قرر المحكمة أن الراسب يعتبر « لقوانين الكنيسة نائباً عن البعثة في تملكه الأموال وعلى ذلك يكون للراسب الحق في

وهذه المادة تسوى بين العلم الحقيقي بوجود النياية وبين العلم المفترض لدى الغير المتعامل مع النائب ولقد كان نص المادة قبل قتر القانون في مجلس الشيوخ يستعمل عبارة « الا اذا كان يستفاد من الظروف أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النياية » مقابل عبارة الأصل السويسرى التى تعنى « الا اذا كان ينبغى على من تعاقد معه النائب أن يستنتج من الظروف وجود النياية » ولقد لوحظ فى لجنة مجلس الشيوخ أن الترجمة عن الأصل غير دقيقة وبعد مناقشات انتهى الرأى الى الاستعاضة عن عبارة « استفاد من الظروف » بعبارة « من المفروض حتما » السابق استعمالها فى المادة ١٠٤ وبذلك أصبح النص « الا اذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النياية » ومدلول هذه العبارة كما سبق أن أوضحنا بصدد المادة ١٠٤ عند كلامنا عن عيوب الارادة والظروف المؤثرة فيها (١) - هو أن يكون جهل الغير المتعامل مع النائب بوجود النياية منسوبا الى تقصيره فى تحرى ظروف التعاقد ، ونرى أن هذا المدلول غير بعيد عن مدلول عبارة الأصل السويسرى بل لعل مدلولهما واحد لأن جهل الغير بوجود النياية فى حالة ما اذا كان ينبغى عليه أن يستنتج من الظروف وجودها هو بعينه الجهل الناشئ عن تقصير الغير فى تحرى الظروف .

١٤١ - وقد تضمنت المادة ١٠٦ فى آخرها حكما مقتضاه اعمال أثر النياية حتى مع عدم علم الغير بوجودها - علما حقيقيا أو مفترضا - وذلك متى كان يستوى لديه أن يتعامل مع النائب أو مع الأصيل أى متى كان شخص المتعامل معه غير ذى أهمية (٢) .

١ - أن يتعاقد باسمه أو باسم البيعة التى ينتسب اليها ولا يكون للتعاقد مع الراسب شأن فى ذلك مادام المقعد قد المقعد صحيحا مرتبا لكل آثاره .

(١) انظر ألفا بند ٣٢ .

(٢) انظر نفس ٢٨ مايو سنة ١٩٧٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢١ رقم ١٤٩

ص ٩٣٩ حيث قررت المحكمة أن البيع الصادر من شريك على الشبوع عن القمار كله =

والأصل في العقود المنشئة للالتزامات - وخاصة ما كان تنفيذها منها متراجها - أن شخص التعاقد يكون موضع الاعتبار من التعاقد الآخر اذ لا يستوى لدى التعاقد أن يكون دائما أو مدينا لزيد أو عمرو دون تفریق . وأهمية شخص التعاقد وإن كانت تبرز في العقود التي يتراخى تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها الى زمن قريب أو بعيد بمد ابرام العقد فانها موجودة أيضا في العقود التي تنفذ وتنقضى فور ابرامها لأن التنفيذ قد يكون غير تام أو قد يتضح فيه قصور ترتب عليه نتائج قانونية لا يستوى أن تقع في ذمة هذا أو ذاك بلا تمييز . ومع صحة الملاحظة المتقدمة فإن الحكم الذى تضمنته العبارة الأخيرة في المادة ١٠٦ لا تعوزه التطبيقات العملية وخاصة في بيع المنقول وهو ما يحدث كثيرا فى العمل فالمشتري الذى يدخل أحد المحلات لشراء شيء مما تتجر فيه من المتولى عملية البيع يستوى لديه أن يكون البائع له هو صاحب البضاعة أو نائبا عنه والعقد الذى يقدّمه مثل هذا المشتري ينصرف أثره مباشرة الى صاحب المحل الأصلى ولو كان المشتري يجهل البائع له ليس الا نائبا ويعتقد أنه صاحب الشأن (١) وكثيرا ما يحدث ذلك بالطريق العكسى فالتاجر الذى يبيع فى متجره بضاعة لأحد المشتريين يستوى لديه أن يكون ذلك المشتري أصيلا أو نائبا عن غيره ولذلك فتقع آثار العقد فى ذمة الأصل راسا ولو كان البائع يجهل أن من اشترى منه نائب ويعتقد أنه هو صاحب الشأن الأصل . وعلى هذا فإذا ظهرت مثلا فى المبيع عيوب خفية كان

= نافذ فى حق جميع الشركاء متى كان البائع قد صدر له تفكيك منهم بالبيع وإن كان تعاقد باسمه وحده دون أن يشير الى صفته كوكيل .

(١) من الممكن ادخال هذا المثال فى نطاق الاستثناء الأول الذى أوردته للمادة ١٠٦ من قاعدة العلم بالنيابة أى فى العلم المقترض لأن من يدخل محلا تجاريا لشراء شيء منه يفترض فيه أن يعلم - أو هو فى غالب الأحوال يعلم فعلا - بأن المتعامل معه أى المتولى البيع له ليس صاحب الشأن الأصل . انظر فى هذا للمنى بوبسكو - دامسبالو ص ٣٩٥ .

للأصيل ان يرجع على ألتابع ونو أن هذا الأخير لم يكن يعلم بالنيابة
عند ابرام العقد وذلك لأنه يستوى لديه أن يتعامل مع النائب
أو الأصيل (١) .

١٤٢ - وتقدير ما اذا كان يستوى أو لا يستوى لدى المتعاقد
أن يتعامل مع النائب أو مع الأصيل يخلص من وقائع الحال وهو أمر
متروك للقاضي يستنتج من تلك الوقائع والظروف فاذا وجد أن
للمتعاقدين مصلحة في أن يتعامل مع النائب مثلا وظنه أصيلا لم يوقع
القاضي آثار العقد في ذمة صاحب الشأن الحقيقي ولم يربط بينه
وبين المتعاقد ، وان وجد القاضي على العكس ألا مصلحة للمتعاقد في
أن يتعامل مع النائب أو مع الأصيل أجرى حكم النيابة وربط بالعقد
بين المتعاقد وبين الأصيل مباشرة رغم عدم العلم بالنيابة .

على أنه يصح أن تتساءل عن تقدير تلك المصلحة أهو تقدير
موضوعي أم تقدير شخصي ؟ أى هل ينظر القاضي عند وزنه الظروف
التي يخلص منها أن يستوى أو لا يستوى تعامل المتعاقد مع النائب
أو الأصيل الى ذلك المتعاقد بالذات أو الى المصلحة المجردة التي تكون
لأى متعاقد في تلك الظروف ؟

هنا يختلف مذهب القضاء السويسرى عن مذهب القضاء

(١) انظر حكم محكمة السين في ٩ اكتوبر سنة ١٨٩٦ (سبى ١٤٩/٢/٩٧) وفيه
ملفت للحكمة قواعد النيابة في قضية هذه وقائهما : قام أحد مندوبى السفريات
commis-voyageurs بشحن عدة طرود بالسكة الحديدية فأصاب بعضها التلف
ورفع الشخص الذى يعمل لديه الشاحن دعوى على شركة السكة الحديدية مطالبا بتعويض
الضرر . دفعت الشركة بعدم قبول دعوى رب العمل بسببه أن اللدوب هو الذى قام
بشحن الطرود وأنها سجلت باسمه هو شخصيا غير أن المحكمة لم تأخذ بهذا الفع
. قبلت دعوى للدعى على أساس أن اللدوب إنما كان نائباً عنه في عملية الشحن .
قد سارت من زمن هل نفس المبدأ فى الحالات المماثلة محكمة النقض الفرنسية .
نقض فرنسى أول ديسمبر سنة ١٨٩٦ (سبى ١٨٩/١/٩٧) ونقض فرنسى ٢٢ يوليو
سنة ١٩٠٣ (دالوز ١٩٠٤/١/٢٤٤) وانظر كلاريز ص ١٩٤ - ١٩٥ حيث تناول هذه
الاحكام بالتعليق .

الألماني (١) فالأول ينظر الى المسألة نظرة شخصية ويعتد بالمصلحة التي قد تكون للمتعاقد بالذات في التعامل مع النائب أو مع الأصل ، أما القضاء الألماني وكذا الفقه فينظر إليها نظرة موضوعية مجردة ويعتد بالمصلحة التي يصح أن تكون للغير عموما في تلك الظروف (٢) .

ولما كان المشرع المصري قد استقى المادة ١٠٦ من القانون السويسري كما تصرح بذلك الأعمال التحضيرية فيصح إذن أن يقال أن المذهب الشخصي في هذه المسألة هو مذهب القانون المصري (٣) .

١٤٣ - وهناك حالات تقع في العمل ويخلص من ظروفها بشكل قاطع أن المتعاقد مع النائب لا يعتد بشخص الطرف الآخر ولا توجد له مصلحة في انصراف أثر العقد الى شخص النائب أو الى شخص الأصل وهذه هي الحالات التي يحتفظ فيها النائب في العقد الذي يبرمه مع الغير بحق الكشف عن شخصية الأصل في وقت لاحق للمتعاقد (٤) .

(١) تتضمن المادة ١٦٤ من القانون المدني الألماني نفس الحكم الذي تضمنته المادة ٣ من قانون الالتزامات السويسري وللمادة ١٠٦ من القانون المدني المصري .

(٢) أنظر بريسكو - دامسبانو ص ٣٦٦ وص ٦٤٦ .

(٣) أنظر في التباين المعيار الموضوعي : المستهوي في الوسيط ج ٧ المجلد الأول - بند ٣١١ ص ٦٢٩ حاشية ١ وراجع ما تقدم في الحاشية بند ٣٢ آنفا .
(٤) وهو ما يطلق عليه في الفقه الفرنسي بسند عقود البيع اصطلاح

déclaration de commande

نظر كلارينز ص ١٩٥ ورواست ص ٢١٧ - ٢٢٠ وماداري ص ٢١٨ - ٢٢١ وبريسكو - دامسبانو ص ٢٤٨ - ٢٥٠ حيث يقرر هؤلاء المؤلفون إجماع الفقه الحديث على اعتبار هذا الوضع (الذي كان معروفا من أيام القانون الفرنسي القديم) صورة من صور ثيابة خلافا لبعض المؤلفين المتقنين الذين كانوا يرون فيه نظاما قائما بذاته ومنهم من : رسالة من باريس سنة ١٨٩٣ .

Foucault : De la vente avec déclaration de commande en droit français, Thèse Paris, 1893.

وأنظر في البيع مع التقرير بالشراء عن الغير : الهلال حامد ذكرى في البيع بند ٥٥٠-٥ وأنظر في عدم تعيين شخص الإصيل وقت التعاقد : المستهوي في نظرية العقد . ٢١١ حيث نجد من أمثلة هذه الصورة من صور الثيابة « التأمين لصالح من سيكون =

فاذا قرر النائب أنه يتعاقد بوصفه نائبا ولم يكشف عند التعاقد عن شخصية الأصيل أو اشترط التعاقد أن يكون له الحق في أن يفصح في ميعاد معين عن اسم شخص آخر ترجع اليه آثار العقد وقبل الغير المتعاقد معه هذا الوضع ففي هذا القبول تسليم من المتعاقد بأن شخص الطرف الآخر غير ذي أهمية لديه واذن فرغم عدم التصريح في العقد باسم الأصيل بل ورغم عدم وجود ظروف تدل عليه يتحقق حكم النيابة وينصرف أثر مثل هذا العقد الى الأصيل دون النائب لأن نية النائب قد انصرفت الى عدم الارتباط شخصا كما أن نية الغير المتعاقد قد انصرفت كذلك الى عدم الارتباط مع النائب وانما مع الأصيل الذي يحدده النائب فيما بعد *

١٤٤ - على أن النيابة في هذا النوع من العقود تتحقق فقط في الحالة التي يكشف فيها المتعاقد عن شخص الأصيل في المهلة الاتفاقية أو المعقولة أما اذا انقضت تلك المهلة دون أن يحدث ذلك فالعقد يعتبر مبرما بين المتعاقد الذي احتفظ بحق الكشف عن شخص الأصيل وبين من تعاقد معه وعلى ذلك فيصح القول بأن مثل هذا المتعاقد يعتبر نائبا بشرط واقف هو الكشف عن الأصيل في المهلة ومتعاقدا باسمه ولحساب نفسه بشرط واقف كذلك هو انقضاء المهلة دون الكشف عن شخصية صاحب الشأن *

هذا وقد قررت محكمة النقض في حكم لها تناولت فيه عقد

= ذا حال assurance pour le compte de qui il appartiendra من التأمين لا ينطوي على نيابة وانما هو من صور الاشتراط لمصلحة الغير إذ أن المؤمن له يظل دائما مرتبطا بعقده مع شركة التأمين كما يصح أن يكون المستفيد هو المؤمن له شخصا لا غيره - انظر تفصيل ذلك : ماداري ص ٢١٥ - ٢١٨ ورواسست ص ٦٦ - وانظر من الرأي المكسب الذي اختاره السنهوري بوبسكو - رامبسيانو ص ٢٥٢ وبيولون ص ١١٧ وما بعدها *

البيع الذى يحتفظ فيه المشتري بحق الافصاح عن اسم شخص آخر ترجع اليه آثار العقد ما يلى (١) :

« ان تكييف العلاقة القانونية بين المشتري الذى يحتفظ بحق اختيار الغير وبين المشتري المستر بأنها وكالة تجرى أحكامها على الآثار التى تترتب على هذه العلاقة بين الطرفين وبالنسبة الى الغير غير جار على اطلاقه فان بين أحكام الوكالة والأحكام التى يخضع لها شرط اختيار الغير والآثار التى تترتب عليه تنافرا — فاسناد ملكية المشتري المستر الى عقد البيع الأول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه الى المشتري الظاهر قبل البيع وبقاء العين فى ملكية المشتري لظاهر اذا لم يعمل حقه فى الاختيار أو اذا أعمله بعد الميعاد المتفق عليه — وهى أحكام مقررة فى شرط اختيار الغير — كلها تخالف أحكام الوكالة تماما .

« ولئن كان الفقه والقضاء فى فرنسا قد ذهبوا فى تبرير اسناد ملكية المشتري المستر الى عقد البيع الأول — وهو أهم ما يقصد من شرط اختيار الغير — الى افتراض وكالة المشتري الظاهر عن الغير الا ان ذلك ليس الا مجازا مقصورا على حالة ما اذا أعمل المشتري حقه فى اختيار الغير فى الميعاد المتفق عليه مع البائع أما قبل ذلك أو اذا لم يعمل هذا الحق أو أعمله بعد الميعاد فالافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة » ••

ويبدو من هذا الذى قرره محكمة النقض المصرية أنها تذهب الى رأى الذى يعتبر الشراء مع حفظ الحق فى اختيار الغير نظاما مستقلا قائما بذاته وهو رأى التقديم الذى عدل عنه الفقه (راجع

(١) نقض ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام محكمة النقض (دار النشر للجامعات المصرية) السنة الأولى رقم ٩٨ من ٣٦٥ •

حاشية البند ١٤٣) ولا يسعنا أن تمشي مع هذا الحكم فيما اعتبره تنافرا بين أحكام الشراء مع حفظ الحق في اختيار الغير وبين أحكام الوكالة من حيث « اسناد ملكية المشتري المستر الى عقد البيع الأول » فهذا الأمر هو خصيصة النيابة التي لا تنفك عنها إذ أن رجوع آثار العقد الى الأصل مباشرة دون النائب هو أهم آثار النيابة ، أما ما أشارت اليه المحكمة من « عدم وجود تعريض أو توكيل منه (أى المشتري المستر أو الأصل) الى المشتري الظاهر قبل البيع » فغير مسلم لأن العلاقة بين المتعاقد مع حفظ الحق في اختيار الغير وبين هذا الغير لا تخرج عن أن تكون علاقة وكالة أو علاقة فضالة وهي على العالين صورة من صور النيابة إذ لا سبيل الى إلزام المشتري المستر آثار العقد الذى عقده المشتري الظاهر بغير ذلك .

أما عن وجه التنافر الثانى الذى تشير اليه محكمة النقض بين أحكام هذا النوع من البيوع وبين أحكام الوكالة وهو « بقاء العين في ملكية المشتري الظاهر اذا لم يعمل حقه فى الاختيار أو اذا أعمنه بعد الميعاد المتفق عليه » فلا تنافر هنا فى الواقع إذ أن اعتبار هذا النوع من البيوع من تطبيقات النيابة مشروط بشرط اعمال الحق فى اختيار الغير فحيث لا يستعمل المتعاقد هذا الحق فلا نيابة . وبعبارة أخرى أن النيابة هنا موقوفة على شرط استعمال الحق فى اختيار الغير فى الموعد المتفق عليه فاذا حدد المتعاقد شخص صاحب الشأن تحقق الشرط وأصبحنا أمام حالة عادية من حالات النيابة بكل أحكامها وآثارها أما اذا لم يستعمل المتعاقد هذا الحق تخلف شرط النيابة . أصبحنا أمام عقد بيع معقود بطريق الاصلالة يرتبط به البائع والمشتري الظاهر الذى يصبح فى هذه الصورة صاحب الشأن الوحيد . وهذا التصور للشراء مع حفظ الحق فى اختيار الغير بأنه يتضمن

نيابة موقوفة على شرط تصوير يتفق مع الواقع ولا حاجة معه الى القول بالافتراض أو المجاز المقصور على حالة ما اذا أعمل المشتري حقه في اختيار الغير كما ذهبت اليه أسباب هذا الحكم ، إذ لا افتراض هنا وإنما نيابة بمعنى الكلمة أما الفرض الآخر وهو فرض عدم استعمال الحق في اختيار الغير فقيه لا تتحقق النيابة لتخلف شرطها ونكون أمام بيع معقود بطريق الإصالة أى أن النيابة لا تنشأ أصلاً فلا محل للقول بأن « الافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة » (١) •

وفي حالات تعاقد النائب بوصفه قائماً دون أن يكشف عن شخصية الأصل عند التعاقد وحالة اشتراط التعاقد أن يكون له الحق في أن يفصح في ميعاد معين عن اسم شخص آخر ترجع اليه آثار العقد نجد أنه رغم عدم التصريح باسم الأصل ورغم عدم وجود ظروف تدل عليه يتحقق حكم النيابة وينصرف أثر مثل هذا العقد رأساً ومن وقت إبرام العقد الى الأصل دون النائب متى كشف التعاقد عن شخص هذا الأصل في الميعاد وذلك لأن نية النائب قد انصرفت الى عدم الارتباط شخصياً كما أن نية الغير المتعاقد معه قد انصرفت كذلك الى عدم الارتباط مع النائب وإنما مع الأصل الذي سيحلده النائب فيما بعد •

وفائدة هذا النظام العملية واضحة من حيث أنه يسمح بإبرام عقود لحساب أشخاص قد تكون لهم مصلحة في التجهيل بأشخاص عند التعاقد وبذلك يحقق هذا النظام مزايا نظام الاسم المستعار دون أن يصطحب ذلك بضرورة نقل آثار العقد من الاسم المستعار الى صاحب الشأن بتصرف جديد كما هو الشأن في حالات تعاقد الوكيل

(١) محكمة النقض مستمرة في استعمال هذا التعبير • انظر نفس مدني ١١ يناير

١٩٧٢ - مجموعة المكتب الفني ٧٣/١٤/٧٤ •

باسم نفسه اذا لم يحتفظ في العقد بالحق في الكشف عن شخص صاحب الشأن .

ومن النتائج العملية لاعتبار هذا النوع من العقود من تطبيقات النيابة أنه لا يستحق على التصرفات العقارية الا رسم شهر واحد اذ أن الكشف عن شخصية الأصيل ليس تصرفا جديدا كما أن المشتري الأول في هذه الصورة ليس الا قائبا لا ترجع اليه آثار العقد .

١٤٥ - ومن حالات النيابة التي يصح ألا يكون فيها شخص الأصيل معنا حالة الفضالة حين تكون لدى الفضولي نية العمل لحساب شخص معين فإذا به يعمل لحساب شخص آخر ، ذلك أن المقرر بصدد الفضالة انه يكفي لايقاع حكم النيابة - برجع آثار تصرف الفضولي الى رب العمل مباشرة - أن تكون لدى الفضولي نية العمل لحساب الغير مطلقا دون اشتراط نية العمل لحساب شخص معين وعلى ذلك فلا يعم أن يخطئ الفضولي في شخص من يعتقد أنه رب العمل وتقع آثار تصرفه مع ذلك في ذمة رب العمل الحقيقي كما تصرح بذلك المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدني المصرى (١) .

١٤٦ - كما أنه لا يوجد ما يمنع من التعاقد باسم شخص مستقبل بحيث لا تقع آثار التصرف الا في ذمة ذلك الشخص عند وجوده . ومثال ذلك تصرفات المؤسسين لشركة المساهمة فان العقود التي يفتقدها هؤلاء المؤسسون مع الغير في كل ما يتصل بإنشاء الشركة أو بمباشرة نشاطها تكزم شركة المساهمة بمجرد تمام اجراءات انشائها ويعتبر المؤسسون في التصرفات التي عقدها مع الغير قبل التأسيس نائبين عن شركة المساهمة التي لم تكن موجودة وقت التعاقد .

(١) المذكرة الايضاحية مل المادة ١٩٠ - مجموعة الأعمال التشريعية ج ٢

ص ٤٧١ - ٤٧٢ وانظر السنهوري : الوسيط ج ١ بند ٨٧١ .

١٤٧ - وليس في تجهيل شخص الأصل ما يصح أن يكون محل اعتراض من الوجهة النظرية فإن القانون يقر أوضاعاً أخرى يكون فيها أحد عناصر العقد مجهولاً إلى حين فمن ذلك ما نصت عليه المادة ١٥٦ من القانون المدني المصري :

« يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً أو جهة مستقبلية ، كما يجوز أن يكون شخصاً أو جهة لم يميناً وقت العقد .. » فتجهيل شخص المنتفع وقت التعاقد لا يمنع من صحة الاشتراط لمصلحته ما دام تميّنه مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره .

ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٢٧٥ من القانون المدني المصري الخاصة بالالتزام التخييري :

« يكون الالتزام تخييرياً إذا شمل محله أشياء متعددة تبرا ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها .. » فهنا نجد أن محل الالتزام غير معين وقت التعاقد وإنما يتعين فيما بعد عند تنفيذه من جانب الملتزم .

فاذا ساغ تجهيل محل الالتزام وهو عنصر هام من عناصره فلا غرابة في تجهيل شخص الملتزم إلى حين كشف النائب عنه في وقت لاحق للتعاقد .

١٤٨ - على أن تجهيل شخص الأصل لا يصح إلا أن يكون مؤقتاً لأن في دوام تجهيله ما لا يتفق ولزوم استكمال العقد لطرفيه اللذين تقع في ذمتهما آثاره كما أن في استمرار تجهيل شخص الأصل طوال المدة التي يستغرقها تنفيذ العقد مساساً بما ينبغي أن يتوفر للطرف الآخر من اطمئنان إلى العقد وهو أمر لا يتفق واستقرار المعاملات . لهذا كان لابد من الكشف عن شخصية الأصل في تبة

معقولة بعد ابرام العقد والغالب الأعم أن يحدد المتعاقدان (النائب
والغير المتعاقد معه) هذه الفترة صراحة في العقد * وقد يحددها
القانون نفسه كما في المادة ٤٤٤م من قانون المرافعات المصرى (١)
(المقابلة للمادة ٦٧٠ من القانون القديم) التى تنص على أنه : « يجوز
لمن حكم بإيقاع البيع عليه أن يقرر فى قلم كتاب المحكمة قبل انقضاء
ثلاثة الأيام التالية ليوم البيع أنه اشترى بالتوكيل عن شخص معين * »
ومقتضى هذا النص أن البيوع القضائية فى القانون المصرى
تكون دائماً مقترنة بحق الكشف عن الأصل أو ما يسمى بحق
اختيار الغير وذلك بغير حاجة الى النص على ذلك فى قائمة شروط
البيع *

(١) رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ *

الفصل الأول

أثر النياية بالنسبة للأصيل

١٤٩ - ان انصراف آثار تصرف النائب الى الأصيل مباشرة لهو جوهر نظام النياية وحول هذه النقطة تتركز مشكلة الطبيعة القانونية للنياية كما يدور حولها كل البحث الرامى الى شرح قاعدة النياية وتفسير كيفية عملها على صرف آثار تصرف العاقد الى شخص غيره لم يشترك في ابرام التصرف على ما سبق لنا الكلام فيه تفصيلا في الكتاب الأول .

١٥٠ - نصت المادة ١٠٥ من القانون المدنى المصرى (١) على أثر النياية بالنسبة للأصيل وتضمن نصها الشروط الثلاثة التى تتحقق بها النياية ويتم باجتماعها انصراف آثار التصرف الى الأصيل وهى :

١ - أن يستعمل النائب ارادته الخاصة فى ابرام التصرف (« اذا أبرم النائب ... »)

(١) وعابها فى القانون المدنى السودانى المادة ١٠٦ وفى القانون المدنى الليبي المادة ١٠٥ وفى قانون الوكالة السودانى للمادتان ٣٢ و ٣٣ وفى مجلة الالتزامات والعقود التونسية الفصل ١١٤٩ وفى القانون المدنى الجزائرى المادة ٧٤ وفى القانون المدنى الأردنى المادة ١١٢ .

٢ - أن يكون التصرف داخلا فى حدود المكنة المخولة للنائب
(« ٥٠ فى حدود نيابته ٥٥ »)

٣ - أن يتعاقد النائب باسم الأصليل (« ٥٥ عقدا باسم
الأصيل ٥٥ »)

وقد وفينا كل شرط من هذه الشروط حقه من الكلام فى موضعه
المنطقي تبعا لخطه البحث بحيث لا نرى داعيا الى الرجوع الى ذلك
الآن ولا الى تناول هذه الشروط بطريقة تقريرية لا تتفق وطبيعة مثل
هذه الدراسة • ويكتفينا الآن أن نقول ان آثار التصرف الذى يعقده
النائب فى حدود نيابته باسم الأصليل تقع فى ذمة الأصليل مباشرة
فيضاف اليها ما يترتب على التصرف من حقوق كما تتحمل بما ينشئه
ذلك التصرف من التزامات بدون أن يكون للنائب أى شأن بذلك
كله •

ومن تطبيقات هذا المبدأ - مبدأ رجوع آثار التصرف كلها
الى الأصليل دون النائب - ما قضت به محكمة النقض المصرية من
أن « تاريخ الورقة الموقعة من الوكيل حجة على الأصليل وعلى وارثه
لأنه ليس من الغير وكذلك الوارث لكون خلفا عاما لمورثه » (١)

وهكذا نرى أنه « اذا كان شخص النائب هو الواجب الاعتداد
به فيما يتعلق باتمام العقد فعلى النقيض من ذلك ينبغى أن يرجع الى
شخص الأصليل وحده عند تعيين مصير آثاره فالأصيل دون النائب هو
الذى يعتبر طرفا فى التعاقد واليه تنصرف جميع آثاره فيكسب
مباشرة كل ما ينشأ عنه من حقوق ويقع على عاتقه كل ما يترتب من
التزامات • ولعل هذا الأثر المباشر أهم ما أحرزه القانون الحديث من
تقدم فى شأن النيابة » (٢)

(١) نفس مدنى ٢٦ مارس ١٩٧٤ - مجموعة للكتب الكنى ٧٩/٩٢/٢٥ •

(٢) المذكرة الايضاحية على المادة ١٠٥ (المادة ١٠٨ من المشروع التمهيدى) •

١٥١ - وفقهاء الشريعة الاسلامية بمذاهبها المتعددة مجموعون

على هذا الاثر المباشر للنيابة فمقدمهم أن تصرف النائب تقع آثاره مباشرة للأصيل وعليه ، على أن الفقهاء يفرقون في آثار التصرف بين ما يسمونه حكم العقد وما يسمونه حقوقه والمراد بحكم العقد هنا الأثر المترتب على العقد الذي يثبت لكل من العاقدين قبل الآخر مثل ثبوت ملكية المبيع للمشتري ودخول الثمن في ذمة البائع ، والمقصود بحقوق العقد كل ما اتصل بتنفيذ حكم العقد والتمكين لكل من العاقدين مما أمضاه له العقد مثل تسليم المبيع وقبض الثمن والرد بخيار العيب وضمان رد الثمن اذا تبين أن البيع لم يكن ملكا للبائع الى غير ذلك . (١)

فالمداهب الأربعة مجمعة على ثبوت حكم العقد وحقوقه معا

للأصيل دون النائب في جميع الحالات التي يصرح فيها النائب بأنه انما يتعاقد بتلك الصفة أى حين يتم التعاقد « باسم الأصيل » ويتوفر العلم بالنيابة في النائب والغير باصطلاح الفقه الحديث وهذا هو عين الحكم في القوانين الحديثة .

(١) انظر في التمييز بين حكم العقد وحقوقه وحيد الدين سوار : التمييز عن الارادة في اللغة الاسلامي - القاهرة ١٩٦٠ البندين ٥٧٠ - ٥٧١ وللراجع المشار اليها نة . وانظر أيضا وحبة الزجبل : اللغة الاسلامي في أسلوبه الجديد ج ٢ دمشق ١٩٦٨ ص ١٠٥ - ولو أن المؤلف لم يستظهر بشكل واضح الأثر المباشر للنيابة في اللغة الحنلي اتباعا لطاهر الطرفة بين العقود التي يستثنى عن اضافتها الى الأصيل وتلك التي لا يستثنى عن اضافتها اليه ولم يبرز أن الأثر المباشر يتحقق حتى في الطاقة الأول من العقود مع أنه أشار الى القاعدة في هذا الشأن إشارة عابرة إذ قال ص ١٠٦ : وكذلك ترجع حقوق العقد للموكل اذا أضاف الوكيل العقد الى الموكل . انظر ما يلى في هذا البند وما بعده وانظر في هذا الموضوع أيضا محمد رضا عبد الجبار الماني : الوكالة في الشريعة والقانون ، بغداد ١٩٧٥ البند ٤٣٩ ٤٨٥ .

وقد تبني القانون المدني الأردني الجديد هذه التفرقة بين حكم العقد وحقوقه وذلك في المادة ١١٣ منه ونصها : « اذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسمه فان حكم العقد يرجع الى الأصيل وتصرف حقوق العقد الى النائب الا اذا كان الماقد الآخر يعلم وقت التعاقد بوجود النيابة فترجع الحقوق الى الأصيل » .

وفي هذا المعنى نجد في حاشية ابن عابدين (١) قوله :
« ولو أضاف (الوكيل) العقد الى الموكل تتعلق الحقوق بالموكل
بإتفاق » •

ويقول صاحب « المغنى » :

« اذا اشترى الوكيل لموكله شيئا باذنه انتقل الملك من البائع الى
الموكل ولم يدخل فى ملك الوكيل وبهذا قال الشافعى •• (لأنه) قبل
عقدا لغيره صح له فوجب أن ينتقل الملك اليه كالأب والوصى
وكما لو تزوج له •• ويتفرع عن هذا أن المسلم لو وكل ذميا فى شراء
خمر أو خنزير فاشتراه له لم يصح الشراء •• واذا باع الوكيل بشئ
معين ثبت الملك للموكل فى الثمن » (٢) •

كما تقرأ فى « المدونة الكبرى » للإمام مالك بن أنس :

« قلت أرأيت لو أنى اشتريت سلعة من رجل لفلان فأخبرته أنى
انما اشتريتها لفلان ولست اشتريها لنفسى أكون للبائع أن يتبع هذا
المشتري بالثمن أم يتبع الذى اشتري له ؟ •• قال — ان لم يكن هذا
اشترى لولده الصغير مثلا وهو فى ولايته بعين مال نفسه وسمى الولد
هذا المشتري •• فان قال له النقد على الذى اشتري له وليس لك على
شئ فهذا لا يتبعه البائع بالنقد ويكون النقد للبائع على الذى أمر هذا
بالشراء • قلت : أنتفذه عن مالك بن أنس ؟ قال : هو قوله ، قلت :
أرأيت القاضى اذا باع أموال اليتامى أو باع مال رجل مفلس فى دين
أو باع مال ميت وورثته غيب على من الهبة ؟ قال : قال مالك فى
الوصى أنه لا عهدة عليه فكذلك القاضى لا عهدة عليه • قلت : فعلى

(١) ج ٤ ص ٤١٩ •

(٢) المغنى لابن قدامة وعليه الشرح الكبير — مصر سنة ١٢٤٧ ج ٥ ص ٢٦٣ — ٢٦٤ •

من عمدة المشتري اذا باع الوصى تركه الميت ؟ قال : فى مال
اليتامى « (١) » .

وقال فى حاشية الغرر البهية :

« لو اشترى بمال نفسه لغيره باذنه وقع الشراء للغير ان سماه
فى العقد » (٢) .

وفى فتاوى الرملى نجد ما يلى :

« (سئل) رضى الله عنه عن اشترى لولده الصغير بعين مال
نفسه وسمى الولد فى العقد هل ينعقد للولد أم لا (فأجاب) بأنه اذا
اشترى لولده الصغير مثلاً وهو فى ولايته بعين مال نفسه وسمى الولد
فى العقد فإن العقد يقع للولد لا لوالده » (٣) .

أما الحالات التى لا يصرح فيها النائب بأنه يتعاقد بتلك الصفة
فحولها خلاف بين الفقهاء الشرعيين وقبل أن نستعرض هذا الخلاف
يهمنا أن نشير مرة أخرى الى أنه لا يتعلق بالنيابة كما تعرفها القوانين
الحديثة لانتفاء التصرف باسم الأصيل فى هذه الحالات وانما يتعلق هذا
بالخلاف بصور لا تعتبر داخلة فى نطاق النيابة بمدلولها الحديث إذ
نرجع كلها الى حالات وكالة لا نيابة فيها (٤) .

(١) للدرنة الكبرى - مصر سنة ١٢٢٢ ج ١٠ ص ١٨٦ .

وأنظر من ١٨٥ « ان كان حين باعها قال انما أبيع للفلان فلا أرى على المأمور شيئاً

والمهمة على الأمر » .

(٢) ج ٣ ص ١٨٩ . وأنظر منهج الطالبيين ج ٢ ص ٦٥ حيث يصرح بولوع

أثار العقد للوكيل اذا لم يسم للوكيل أى اذا لم يكن المتعاقد باسم الأصيل - ومعلوم

للخالفه من هذه العبارة وقوع الآثار للأصيل كلما حصل التعاقد باسمه .

(٣) على هامش الفتاوى المنتهية الكبرى لابن حجر ج ٢ ص ٢٠٩ .

(٤) قارن ما نقوله هنا عن أثر النيابة فى الشرعية الاسلامية ومقالة حكم العقد

وحقوقه بما قاله عنها الأساتذة : أحمد أبو الفتح - للماملات فى الشرعية الاسلامية

ج ٢ ص ٥٨١ - ٥٨٢ والسنهورى نظرية العقد - حاشية سنة ٢٠١ ص ٢٠٩ - ٢١٠ =

يقول الحنفية ان حقوق العقد فى الحالات التى لا يصرح فيها
النائب يافه يتعاقد باسم الاصيل ترجع الى النائب بينما ثبت حكم العقد
(كالمالك مثلا) للاصيل وفى هذا نجد فى تكملة شرح فتح القدير (١)
قوله :

= « وأحمد إبراهيم - أحكام التصرف عن الغير - القاهرة ١٩٤١ ص ٢٠٢ - ٢٠٨ ، ومحمد
أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية - جند ٢١٠ ص ٢٢٤ - ٢٢٦ ،
وشفيق شحاتة - نظرية النيابة فى القانون الرومانى والشريعة الإسلامية - فى « مجلة
العلوم القانونية والاقتصادية » التى تصدرها كلية الحقوق بجامعة عين شمس - السنة
الأولى (١٩٥٩) ص ٣٠٥ - ٣٦٢ . وقد اقتصر بحث الأستاذ الدكتور شحاتة على
المذهب الحنفى كما أن التصوصى الحديثة التى أوردتها فى استعراضه أحكام النيابة
فى مختلف العقود تكاد كلها تخص الصور التى يتعاقد فيها الوكيل باسم نفسه - أى
يعتفى فيها شرط التعاقد باسم الاصيل وبالتالى تقتضى النيابة بغيرها الحديث - ويبدو
أن هذا هو السبب فى أن المؤلف حين انتقل فى ختام البحث من الاستقراء الى الاستنتاج
أشار الى ما سماه « مبدأ اللاباشرية » « وظاهرة اللاباشرية فى التشريع الإسلامى »
(ص ٣٥٩) ، كما أشار الى الوسائل الفقهية التى يرى أن فقهاء الحنفية تدعوا بها
لادخال فكرة النيابة فى مختلف العقود حتى « انتهوا الى تقبل وجوب حقوق العقد كلها
الى الاصيل لجرد اضافة العقد اليه » . والواقع أنه بغير اضافة العقد الى الاصيل (أى
بغير التعاقد باسم الاصيل) لا تكون لدينا نيابة ليس فقط فى الفقه الحنفى من « مبدأ
اللاباشرية » وإن اقرار الأثر المباشر للنيابة جاء عن طريق حيل شرعية ووسائل فقهية ، بل
أن الأثر المباشر للنيابة مقرر لدى الحنفية كمبدأ عام - وبغير التجاذب الى مافى حجة الصنعة
الفقهية من وسائل وحيل - فى كل الصور التى تتر فيها القوانين الحديثة ذلك الأثر
المباشر . وعلى ذلك فإذا صح ما يقوله المؤلف من أن « الفقه الحنفى قد أخذ بمبدأ النيابة
بجدر » (ص ٣٦٢) فإنما يصح ذلك بالتقاس الى المذاهب الإسلامية الأخرى وخاصة
للملكية والحنابلة لا على الإطلاق أو بالتقاس الى القوانين الحديثة . ونحن قد اضعف لنا
فيما تقدم - وسيزداد وشيخوخا من يد - أن المذهب الحنفى أن يمكن أخشى المذاهب
الإسلامية فى اقرار الأثر المباشر للنيابة ، الا أنه يقر ذلك الأثر المباشر كقاعدة عامة فى
كل الصور التى يتم فيها التعاقد باسم الاصيل فيطبق بذلك حكم القوانين الحديثة ذات
الاصول اللاتينية أو الجرمانى ، ثم أنه يجاوزها بالنسبة لأهم آثار العقد وهو ما يسمونه
حكم العقد فيوقعه فى ذمة الاصيل - كقاعدة عامة أيضا - حتى فى الحالات التى لا يتم
فيها التعاقد باسم الاصيل وذلك فى الطائفة من العقود التى تقبل ذلك بطبيعتها وبغير
مساس بما يقتضى أن يتوفر للغير للتعامل مع النائب من ثقة واخباتان - أما للمذاهب
الإسلامية الأخرى فقد ذهبت بالأثر المباشر للنيابة الى أبعد من ذلك فاقتربت كثيرا من
أحكام القانون الأنجلو - أمريكى على التخصيل الذى سنراه .

(١) ج ٦ ص ١٦ - ١٩ .

« العقد الذى يعقده الوكلاء على ضريين (الأول) كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه أى تصح اضافته الى نفسه ويستغنى عن اضافته الى الموكل كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل . وقال الشافعى رحمه الله تتعلق بالموكل وبه قل مالك وأحمد لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه . ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة لأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته يكونه آدميا له أهلية الإيجاب والاستيجاب لا بكونه وكيلًا فكان العقد الواقع منه ولغيره سواء . وفى الكافي فقضيته تستدعى أن يكون الحاصل بالتصرف واقعا له غير أن الموكل لما استنابه فى تحصيل الحكم جعلناه نائبًا فى حق الحكم وراعينا الأصل فى الحقوق . ولهذا قال : يسلم الوكيل المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم فى العيب ويخاصم فيه لأن كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه أى عن الوكيل . وتحقيق المسألة أن تصرف الوكيل جهتين جهة حصوله بمبارته وجهة نيابته واعمالهما ولو بوجه أولى من افعال أحدهما فلو أثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولها بمبارته وأهليته بطل توكيل الموكل ولو أثبتناها للموكل بطل عبارة الوكيل فأثبتنا الملك للموكل لأنه الغرض من التوكيل ، فتعين الحقوق للوكيل ، و « الضرب الثانى » كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل . »

وورد مثل ذلك فى « بدائع الصنائع » للكاسانى (١) .

وهكذا ينسب الحنفية فى كتبهم الى الشافعى ومالك وأحمد بن حنبل رأيا واحدا فى هذا النصدد يعاير رأى الحنفية هؤلاء يرون أن

حقوق العقد الذي لا يضيفه الوكيل الى موكله ترجع الى الوكيل وينسبون الى الشافعي ومالك وأحمد ارجاع حقوق العقد حتى في تلك الصورة الى الموكل دون الوكيل .

على أن الاطلاع على كتب الشافعية يتضح منه أن القول الذي ينسب اليهم الحنفية ليس الا قولاً مرجوحاً عندهم (١) وأما الرأي الذي عليه المعول في المذهب الشافعي فهو أن حقوق العقد الذي لا يضاف لى الموكل ترجع الى الوكيل دون الموكل اذ نجد في مختصر المزني صاحب الشافعي - وهو من أقدم كتب المذهب - قوله :

« ولو وكله بشراء سلعة فأصاب بها عيباً كان له الرد بالعيب وليس عليه أن يحلف : ما رضى به الأمر . وكذلك المقارض وهو قول الشافعي ومعناه . (قال) وللوكيل والمقارض أن يردا ما اشتريا بالعيب وليس للبائع أن يحلفهما : ما رضى رب المال » (٢) . كما نجد في متن البهجة الوردية :

وحكم عقد بالوكيل يشكك

وهو بعزل واحد ينزل

ويقول صاحب « الفرر البية » في شرح صدر هذا البيت من أرجوزة ابن الوردى :

« (يشكك) بالبناء للمفعول من شكلت الكتاب اذا قيده بالاعراب وأحكام العقد (٣) من رؤية وتفرق وشرط خيار وغيرها تقيده وتعلق بالوكيل دون الموكل لأنه العاقد حقيقة وله أن يفسخ بخيار المجلس وان أجاز الموكل » .

(١) نهاية المحتاج ج ٤ ص ٢٨ .

(٢) عل حاشي كتاب الأم ج ٣ ص ٩ - ١٠ .

(٣) المقصود بأحكام العقد هنا - كما هو ظاهر - ما يطلق الحنفية عليه اصطلاح

حقوق العقد .

هذا عن حقوق العقد أما عن حكمه حتى في حالة عدم اضافة
العقد الى الموكل فان « الملك فيما يشتره الوكيل لا يثبت له أولا ثم
ينتقل لموكله بل يثبت لموكله ابتداء على الأصح كما في شراء الأب
لطفله ولأنه لو ثبت له ابتداء عتق عليه أبوه اذا اشتراه لموكله » (١) .
كما نجد في تحفة الحبيب (٢) قوله :

« أحكام (٣) عقد الوكيل كرؤية المبيع ومفارقة مجلس وتقاض
فيه تتعلق به لا بالموكل لأنه العاقد حقيقة وللبائع مطالبة الوكيل كالموكل
بشن ان قبضه من الموكل سواء اشترى بعينه أم في الذمة فان لم
يقبضه منه لم يطالبه ان كان الثمن معينا لأنه ليس بيده وان كان في
الذمة طالبه به ان لم يعترف بوكالته بأن أنكرها أو قال لا أعرفها فان
اعترف بها طالب كل منهما به والوكيل كضامن والموكل كاصيل » .
وفي منهاج الطالبين (٤) :

« الوكيل الباع له قبض الثمن وتسليم المبيع ولا يسلمه حتى
يقبض الثمن فان خالف ضمن » ..

وفي منهاج أيضا (٥) :

« واذا قبض الوكيل بالبائع الثمن وتلف في يده وخرج المبيع
مستحقا رجع عليه المشتري وان اعترف بوكالته في الأصح ثم يرجع
الوكيل على الموكل قلت وللمشتري الرجوع على الموكل ابتداء في
الأصح والله أعلم » :

(١) « الفرر البهية » ج ٣ ص ١٩١ - وفي الميزة الأخيرة الخاصة بحكم العقد
وجه خلاف بين الشافعية وبين الحنفية الذين يقولون في هذه الصورة بثبوت الملك
للموكل بالغلالة عن الوكيل - قارن ما نقلناه أعلا عن شرح فتح القدير .

(٢) ج ٣ ص ١٣٦ .

(٣) راجع هامش ٣ بالصفحة السابقة .

(٤) ج ٢ ص ٦١ .

(٥) ص ٦٦ - ٦٧ .

ويقول الشيرازي في « المذهب » (١) :

« فان وكله في الشراء ولم يدفع اليه الثمن فاشتره فعلى الثمن ثلاثة أوجه أحدهما أنه على الموكل ، والوكيل ضامن ، لأن المبيع للموكل فكان الثمن عليه والوكيل تولى العقد والتزم الثمن فضمنه • فعلى هذا يجوز للبائع أن يطالب الوكيل والموكل ، لأن أحدهما ضامن والآخر مضمون عنه • فان وزن الوكيل الثمن رجع على الموكل وان وزن الموكل لم يرجع على الوكيل و (الثاني) أن الثمن على الوكيل دون الموكل ، لأن الذي التزم هو الوكيل فكان الثمن عليه • فعلى هذا يجوز للبائع مطالبة الوكيل لأن الثمن عليه • ولا يجوز مطالبة الموكل لأنه لا شيء عليه • فان وزن الوكيل رجع على الموكل لأنه التزم بإذنه وان لم يزن لم يرجع كما تقول فيمن أحال بدين عليه على رجل لا دين له عليه اذا وزن رجع واذا لم يزن لم يرجع ، وان أبرأ البائع الوكيل سقط الثمن وحصلت السلعة للموكل من غير ثمن • و (الثالث) أن الثمن على الوكيل ، وللوكيل في ذمة الموكل مثل الثمن ، فيجوز للبائع مطالبة الوكيل دون الموكل ، وللوكيل مطالبة الموكل بالثمن وان لم يطالبه البائع » •

وأخيرا نجد في « نهاية المحتاج الى شرح المنهاج (٢) » :

« وأحكام العقد تتعلق بالوكيل دون الموكل فيعتبر في الرؤية ولزوم العقد بمفارقة المجلس والتفويض في المجلس حيث يشترط كالرهبى والسلم الوكيل لأنه العاقد دون الموكل فله التصح بخيارى المجلس والشرط وان أجاز الموكل بخلاف خيار العيب (اذ) لا رد للوكيل اذا رضى الموكل لأنه لرفع الضرر عن المالك وليس منوطا باسم المتعاقدين

(١) ج : ص ٢٥٣ - ٢٥٤ •

(٢) ج : ص ٢٧ •

كما نبط به فى التفمخ بختيار المجلس بخر « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » وبختيار الشرط بالقياس على خيار المجلس • واذا اشترى الوكيل طابى البائع بالثمن ان كان دفعه الى الموكل للعرف سواء اشترى بعينه أم فى الذمة ولتعلق أحكام العقد بالوكيل ، وله مطالبة الموكل أيضا على المذهب •• وان كان الثمن فى الذمة طابى به دون الموكل ان أفكر وكالته أو قال لا أعلمها لأن الظاهر أنه يشتري لنفسه وأن العقد وقع معه • وان اعترف بها (أى بالوكالة) طابى به (أى بالثمن) أيضا فى الأصح كما يطالب الموكل ويكون الوكيل كضامن لمباشرته العقد والموكل كاصيل لأنه المالك » •

وفى العبارة الأخيرة الدليل بين على أن هذا البحث كله يقتصر على الحالات التى يباشر فيها الوكيل العقد باسمه لا باسم الموكل أى الحالات التى تنتهى فيها النيابة بالاصطلاح الحديث وذلك لأن انكار البائع المتعامل مع الوكيل لوكالته أو قوله لا أعرفها لا يتصور الا فى حالة تعاقد الوكيل باسم نفسه لا باسم موكله وهنا فقط يصح القول بأن « الظاهر أنه يشتري لنفسه » ففى هذه الصورة اذا انكشفت شخصية الموكل للبائع فيما بعد كان له — عند الشافعية — الخيار بين مطالبة الموكل وبين مطالبة الوكيل وعدم الاعتداد بصفته تلك التى لم تكن معروفة له وقت التعاقد •

١٥٢ — وخلاصة استعراض أقوال الشافعية فى كتبهم أن القول الذى ينسب اليهم الحنفية ليس هو المعول عليه فى المذهب بل ان الشافعية يوافقون الحنفية فى أن حقوق العقد الذى لا يضاف الى الموكل تكون للوكيل دون الموكل (١) •

(١) وقد استخلص من كتب الشافعية فى هذه المسألة عين الذى استعملناه هنا
 ١٢ من الدكتور محمد يوسف موسى : « الفقه الإسلامى » مدخل لدراسته ونظام
 للمعاملات فيه • القاهرة ١٩٥٤ بند ٥٦١ ص ٢٨٧ • والامتنان مصطفى شلى •

وعلى ذلك ينفرد بالخلاف في هذه النقطة المالكية والحنابلة
فمندهم أن حقوق العقد شأنها شأن حكم العقد ترجع كلها الى الموكل
سواء سماه الوكيل أو لم يسمه أى سواء أضاف الوكيل العقد الى
نفسه أو الى موكله ، وفي هذا يقول ابن قدامة في « المغنى » (١) :

« ولا نسلم أن حقوق العقد تتعلق به وانما تتعلق بالموكل وهي
تسليم الثمن وقبض المبيع والرد بالعيب وضمان الدرك فأما ثمن
ما اشتراه اذا كان في الذمة فانه يثبت في ذمة الموكل أصلا وفي ذمة
الوكيل تبعا كالضامن » .

وكذلك نجد في « كشاف القناع (٢) » :

« (وحقوق العقد) تسليم الثمن وقبض المبيع وضمان الدرك

= « نظام المعاملات في اللغة الاسلامي » - الاسكندرية ١٩٥٥ - ص ٢٤٥ - ٢٤٦ والدكتور
وحبة الزحيلي : « اللغة الاسلامي في أسلوبه الجديد » ج ٢ دمشق ١٩٦٨ ص ١٠٦ -
١٠٧ ، ومحمد رضا المائى : « الوكالة في الفريضة والقانون » بغداد ١٩٧٥ بند ٤٧٨
وذهب الى العكس - أى الى معارضة للذهب الشافعي في هذه النقطة بالذهب الحنفي ،
السنيهورى : « مصادر الحق » ج ٥ ص ٢٨٨ - ٢٨٩ ، وأحمد إبراهيم : « أحكام
النصرف عن الغير » ص ٢٠٦ وأبو زهرة : « الملكية ونظرية العقد » بند ٢١٠ - ٢١١
ومحمد سلام مذكور : « المدخل للغة الاسلامي » ، القاهرة ١٩٦٣ ص ٦٢٢ .

والواقع أن اختلاف فهم الفقهاء للمحدثين عن الشافعية وكذا نقل الحنفية عنهم
ما لا يجد له سنداً في كتب الشافعية التي بين أيدينا قد يكون مرجعه أن للشافعي
مذهبين : قديم عراقي وجديد مصري وفقهاء الحنفية كانوا ولا شك أقرب الى مصادر
مذهبه القديم في بغداد . هذا الى أن للذهب الشافعي يتميز بكثرة الأقوال فيه
واختلافها لأسباب منها رجوع صاحب الذهب في جديده عن كثير مما كان قد قال به
في قديمه ، ومنها كذلك انتشار أصحاب الشافعي في أطراف العالم الاسلامي مما
استتبع اختلاف الأقوال بتأثير البيئة والعرف . أنظر في هذا : أبو زهرة « الشافعي »
بند ١١٦ - ١٢٠ و ٢٢٢ - ٢٣٥ . وقد وافقنا على النظر المنظم الأستاذ لينان دى بلون
في كتابه « موسوعة القانون الاسلامي للثامن » ج ١ باريس ١٩٦٥ ص ٤٥٥ .

Yves Linant de Bellefonds, Traité de droit musulman comparé, tome I, Paris,
1965, p. 453.

مشيرا الى كتابنا « دراسات في النظرية العامة للنيابة » ، مطبعة جامعة الاسكندرية
١٩٥٩ .

(١) ج ٥ ص ٢٦٤ .

(٢) ج ٢ ص ٢٢٨ .

والرد بالعيب ونحوه (متعلقة بالموكل لأن الملك ينتقل إليه) أى الموكل (ابتداء ولا يدخل) المبيع (فى ملك الوكيل) ٥٠ (ولا يطالب) الوكيل (فى الشراء بالثمن ولا) يطالب الوكيل (فى البيع بتسليم المبيع بل يطالب بهما الموكل) لأن حقوق العقد متعلقة به وفى المغنى والشرح ان اشترى وكيل فى شراء فى الذمة فكضامن وقال المجد وابن نصر الله وقال الشيخ تقي الدين فيمن وكل فى بيع أو شراء أو استجار فإن لم يسم موكله فى العقد فضامن والا فروايتان وظاهر المذهب يضمه فيحمل كلام المصنف على الثمن المعين ٥٠ (ويرد الموكل) المبيع (ببعب) أو تدليس أو غبن ونحوه (ويضمن) الموكل (الهبة) اذا ظهر المبيع أو الثمن مستحقا أو معيبا (ونحو ذلك) من سائر ما يتعلق بالعقد لما تقدم من أن حقوق العقد متعلقة به دون الوكيل (١) ٥

ومهما يكن من أمر فقد تبين من كل ما تقدم أن حكم مختلف مذاهب الشريعة متفق مع حكم القوانين الحديثة فى ايقاع آثار التصرف فى ذمة الأصيل لا النائب وذلك فى جميع الصور التى تتحقق فيها النيابة بالمعنى الحديث أى فى جميع العقود التى تبرم باسم الأصيل ويكون فيها العلم بوجود النيابة مشتركا بين النائب والغير المتعاقد معه ٥

أما الخلاف فيما وراء ذلك وهو الخلاف المبني على التفرقة بين حكم العقد وحقوقه فهو متصل بحالات تخرج عن نطاق النيابة حسب ما اصطلاح عليه الفقه الحديث لأنها حالات ينتهى فيها العلم بالنيابة ومثل هذه الحالات لا ترجع فيها القوانين الحديثة آثار التصرف الى الأصيل ٥

١٥٣ - على أنه ينبغى التنويه بأن رجوع حكم العقد الى الموكل

(١) نفس المعنى فى « شرح المنتهى » (على هامش المرجع السابق) ص ١٧٨ - ١٧٩ ، وكذلك فى « منتهى الارادات » القسم الأول ص ٤٤٨ ٥

دون الوكيل رغم عدم التصريح بالوكالة لا يسرى على جميع أنواع العقود اذ يشترط الفقهاء لامكان رجوع الحكم الى الموكل الذي لم يصف اليه العقد أن يكون ذلك العقد مما تصح اضافته الى الوكيل ويستغنى عن اضافته الى الموكل وهذه الطائفة من العقود هي طائفة عقود المعاوضات المالية التي تتعقد بالقول فخرج بذلك عقد النكاح وتوابعه والهبة والقرض والاعارة ونحوها فهذه الأخيرة لا تنطبق عليها قاعدة رجوع حكم العقد الى الموكل رغم اضافة الوكيل العقد الى نفسه بل لا بد لرجوع الحكم الى الموكل من اضافة العقد اليه صراحة والا وقع حكم العقد للوكيل (١) . وقالوا في تبرير ذلك ان تلك العقود الخارجة عن قاعدة رجوع الحكم الى الموكل دون الوكيل المتعاقد باسم نفسه قسمان :

- ١ - عقود لا تراخي أسبابها عن أحكامها أى لا يسقطها خيار الشرط كالتكاح والخلع وما اليها من طلاق وعتاق .
- ٢ - عقود لا تتم الا بالتبض كالهبة والقرض والاعارة ونحوها فالتبض وهو عنصر متمم للعقد لا يصح أن يقع من الوكيل باسمه شخصيا ثم يضاف الحكم الى الموكل بل لا بد من اضافة العقد الى الموكل والا وقع للوكيل واعتبر الوكيل متعاقدا لحساب نفسه خارجا عن الوكالة .

وبامعان النظر في هاتين الطائفتين من العقود - ومع عدم الوقوف عند المبررات التي يوردها فقهاء الشريعة للتفرقة بينهما - نجد أن الطائفة الأولى هي مما لا يمتد فيه عادة بشخصية المتعاقد لكونها من عقود المعاوضات المالية كالبيع والاجارة والبدل وما اليها . أما الطائفة الثانية بقسميها فهي عقود يكون للاعتبار الشخصي فيها

(١) « الوكيل بشره في » بينه ثم لم يصف العقد الى الموكل يقع للوكيل بخلاف النكاح » . الميسوط ج ١٩ ص ٣٤ .

المقام الأول كالزواج والهبة والقرض الخ. وعلى هذا فقاعدت رجوع حكم العقد للموكل دون الوكيل رغم عدم التصريح بالوكالة في عقبود الطاقة الأولى هي في الواقع توسيع من نطاق الأثر المباشر للنيابة اذ ترجع الشريعة حكم العقد الى الأصل رغم عدم انعقاد العقد باسمه وذلك لكون المتعاقد مع الوكيل لا يهتم بشخص الطرف الآخر في العقد ولذا فلم تجد الشريعة بأسا من تحقيق المقصود من النيابة بإيقاع حكم العقد في ذمة الأصل رأسا رغم عدم انعقاد العقد باسمه (١) .

ولا تخلو كتب فقهاء الشريعة من المانع الى هذا المعنى اذ نجد في حاشية الفرر البهية (٢) قوله : « ولو قال بمتك فقال قبلت لموكلتي صح على المعتمد وان نوى البائع الوكيل وتلفو هذه النية لأنها معاوضة المقصود منها العوض فلا تضر مخالفة نية الموجب لما قبله القابل بخلاف الهبة . فان نويها معا (في الهبة) الموكل أو صرحا به أو نواه أحدهما وصرح به الآخر وقع له . وان أطلق الواهب مشلا وصرح الوكيل بالموكل أو نواه بطل العقد أى لعدم موافقة القبول للإيجاب بخلاف البيع » .

(١) قارن المادة ١٠٦ من القانون المدني المصري التي تنص في ختامها على رجوع آثار العقد للأصيل رغم عدم التصريح بالنيابة متى كان يستوى لدى الغير أن يتعامل مع الأصل أو النائب . على أن يبيّن أحكام الشريعة ويبيّن حكم القانون المدني المصري في المادة ١٠٦ فروقا أصحها :

(أ) أن تقرير ما اذا كان يستوى لدى الغير أن يتعامل مع الأصل أو النائب - وبالتالي رجوع آثار العقد للأصيل طبقا للمادة ١٠٦ - مسألة تقديرية متروكة للقاضي حسب ظروف كل حالة بينما الحكم الشرعي يضع قاعدة عامة لا مجال في تطبيقها لسلطة القاضي التقديرية .

(ب) أن مقياس المصلحة التي تكون للغير في التعاقد مع الأصل أو مع النائب هو مقياس شخصي ينظر فيه الى أشخاص ذوي الشأن بالذات في كل حالة بذاتها ، اما مقياس القاعدة الشرعية فهو مقياس موضوعي يمتد المرجع فيه الى نوع العقد الذي ترواه

النائب .

(٢) ج ٣ ص ١٩٠ .

وهكذا تخلص لنا من استقصاء قواعد النيابة في الشريعة الإسلامية ومقارنتها بشيئاتها في القوانين الحديثة نتيجة هامة هي أن دائرة الأثر المباشر للنيابة أوسع في الشريعة منها في القوانين الحديثة إذ ترجع الشريعة الفراء آثار العقد الى الأصيل في حالات لا يتم فيها ذلك طبقاً للقوانين الحديثة إذ هذه الحالات هي من قبيل ما يسمى في الاصطلاح الحديث بالاسم المستعار لأن النائب فيها يتعاقد باسمه هو لا باسم الأصيل ولذا تلحقه هو آثار العقد دون الأصيل . وفي اتساع نطاق الأثر المباشر للنيابة في الشريعة عنه في القوانين الحديثة تفصيل على الوجه الآتي :

١ - فالمذاهب الأربعة مجمعة على رجوع حكم العقد - وهو أهم آثاره - الى الأصيل رغم عدم التصريح بالنيابة وذلك في تلك الطائفة من العقود التي يستغنى عن اضافتها الى الموكل وهي كما قلنا عقود المعاوضات المالية التي تعتقد بالقول .

٢ - والعنابة ومعهم المالكية (١) - وكذلك القول المنسوب الى الشافعي في كتب الحنفية - يذهبون الى أبعد من ذلك فيرجعون سائر آثار العقد - وهي المسماة بحقوق العقد - الى الأصيل كذلك باعتبارها من توابع الحكم بمعنى أنها آثار ثانوية للعقد ترجع الى

(١) قلتم الإشارة الى كتب العنابة ، أما عن المالكية فنجد في « المكنة الكبرى »

ج ١٠ ص ٨٣ - ٨٤ ما على :

« (قلت) أرايت ان وكلت وكيلاً أن يسلم لي في طعام أو يتناع لي سلعة يمينها فصل ولم يذكر عند مقدم الفراء للبائع أنه إنما يتناع لغيره - وقد شهد الشهود عليه أنه أقر بأنه إنما اجتاع لي أو شهد الشهود عليه حين أمرته بذلك - أن تكون المهمة ما هنا للوكيل على البائع أم للأمر (قال) لا - ولكنها للأمر على البائع - وقال اشهب السلطة يمينها أو ينير عينا المهمة على البائع للأمر .. (قلت) وكذلك لو وكل وكيلاً يبيع له سلعة فباعها لم يكن له أن يقبل ولا يضع من ثمنها شيئاً .. (قال) نعم .. (قلت) وهذا قول مالك .. (قال) نعم »

الأصيل تبعاً لرجوع الأثر الرئيسى للعقد - أى حكم العقد - إليه
على ما سلف شرحه •

ويلاحظ أن رجوع حقوق العقد الى الموكل برغم عدم اضافة
العقد اليه انما يتجلى في مطالبة الموكل للغير الذى تعاقد معه الوكيل
أكثر من تجليه في مطالبة ذلك الغير للموكل فحيثما وجدنا أن للأصيل
أن يطالب الغير بما يربته له العقد من حقوق برغم اضافة الوكيل العقد
الى نفسه لا الى الموكل جاز لنا أن نقول ان حقوق العقد ترجع الى
الأصيل أما حيث يتعلق الأمر بمطالبة الغير بحقوقه الناشئة عن العقد
فلا دلالة للنص على امكان مطالبته الوكيل بتلك الحقوق على رجوعها
الى الوكيل دون الموكل وذلك لأن الغير فى هذه الصورة التى تعيننا
بها (صورة عدم اضافة العقد الى الموكل) قد لا يعرف الا الوكيل
الذى تعاقد معه دون الموكل ، ومن ثم نرى أن تقدير ما اذا كانت حقوق
العقد تتعلق بالموكل أو بالوكيل انما يكون - ابتداءً والى أن ينكشف
للغير وجود الوكالة - من زاوية الحقوق التى للموكل قبل الغير لا من
زاوية الحقوق التى للغير قبل الموكل •

ولتوضيح ذلك نأخذ مثال الرد بالميب فى عقد البيع الذى يعقده
وكيل المشتري دون اضافته الى الموكل فنجد أنه عند المالكية لا رد
الى للموكل واذا رد الوكيل « فالأمر بالخيار فيما فعل المأمور من الرد
ان شاء أجاز رده وان شاء نقضه وارجع السلعة الى نفسه ان كانت
قائمة وان كانت قد فاتت فله أن يضمّن المأمور لأنه المتعدى فى الرد
اسلعة قد وجبت للأمر » (المدونة الكبرى ج ١٠ ص ٨٣) وكذلك
الحكم عند الحنابلة حيث « لموكل أن يرد بيب ما اشتراه وكيله لأنه
حق له فملك الطلب به كسائر حقوقه » (شرح المتن ج ٢ ص ١٧٨) .
أما عند الحنفية فالحكم على النقيض اذ لا مطالبة للموكل قبل الطرف
الآخر الا اذا وكله الوكيل فى تلك المطالبة « لأن الأمر فى حقوق

العقد كاجنبى آخر » (المبسوط ج ١٩ ص ٥٢) « واذا وجد الوكيل (بالشراء) فى العبد عيبا فله أن يرده ولا يستأمر فيه لأن الرد بالعيب من حقوق العقد وهو مستبد بما هو من حقوق العقد » (المبسوط ج ١٩ ص ٥٨) • فقارن بين وكيل ليس له أن يرد بالعيب واذا رد بالعيب يعتبر متعديا ويحق للموكل أن يلزمه التعويض وبين وكيل هو المستبد بكل حقوق العقد وله أن يرد بالعيب دون الرجوع الى موكله بل ان ذلك الموكل ليس له أن يستعمل حقوق العقد الا أن تصدر له من وكيله نفسه وكالة فى ذلك ، فمن هذه المقارنة يتضح بجلاء أن المالكية والحنابلة فى جانب وأن الحنفية فى الباب الآخر فالأولون يجعلون حقوق العقد الذى لا يضاف الى الموكل راجعة الى هذا الأخير فيوجدون بذلك علاقة قانونية مباشرة بين الموكل وبين الغير الذى تعاقد معه الوكيل والآخرين يرجعون حقوق مثل ذلك العقد الى الوكيل دون الموكل فتنتفى بذلك العلاقة المباشرة بين الموكل وبين الغير •

وبناء على ما تقدم فإن العبارات التى ترد فى كتب المالكية مفيدة أن للغير أن يرجع على الوكيل غير كافية فى الدلالة على أن حقوق العقد عند المالكية تتعلق بالوكيل اذ أن الدلالة الحقيقية فى هذا الصدد هى — كما قلنا — لرجوع الموكل على الغير لا لرجوع الغير على الوكيل الذى قد لا يعرف الغير سواء ، وقد اتضح بجلاء فى مسألة الرد بالعيب الفرق بين قول المالكية وقول الحنفية فى هذا الصدد •

هذا وقد استخلص الأستاذ السهورى من مذهب مالك عين الذى استخلصناه هنا وقرن بينه وبين المذهب الحنبلى فى رجوع حقوق العقد الى الموكل برغم عدم اضافة العقد اليه (مصادر الحق ج ٥ ص ٢٤٧) ولكنه عاد فى المرجع نفسه (ص ٢٨٤) فقرر أن حقوق العقد فى المذهب المالكى تتعلق بالوكيل ، ونرى للأسباب المقدمة أن الذى فى الموضع الأول هو الأرجح •

١٥٤ - وعلى ذلك فتشأ بموجب قواعد الشريعة الغراء فى مائقة معينة من العقود علاقة قانونية مباشرة بين الأصل وبين الغير الذى تعاقد معه النائب رغم عدم تصريح النائب بنيابته أى رغم عدم انعقاد العقد باسم الأصل وهو ما لا يتحقق - بهذا الاطلاق والعموم - طبقا للقوانين الحديثة واذن فالشريعة قد ذهبت بالأثر المباشر للنياابة الى مدى أبعد مما وصلت اليه القوانين الحديثة حتى الآن ، على أن القانون الانجليزى والقانون الأمريكى يتضمنان نظاما يسمى بنظام « الأصل المستتر » undisclosed principal تشبه قواعده الى حد بعيد قواعد الشريعة فى هذه الناحية •

فمن المقرر فى القانون الانجليزى وكذلك فى القانون الأمريكى أن النائب اذا تعاقد مع الغير باسمه هو دون أن يكشف عن نيابته أصلا ثم انكشف للغير وجود النياابة وعرفت شخصية الأصل كان له أن يرجع بتنفيذ الالتزامات التعاقدية اما على النائب الذى تعاقد معه واما على الأصل الذى كان مجهولا له عند التعاقد فيكون له بذلك مدينان يرجع على أيهما شاء وهو ما يسمونه بالمديونية البديلة alternative liability وكذلك الأصل له أن يرجع بتنفيذ العقد على الغير المتعاقد مع النائب مباشرة بلا حاجة الى توسط النائب على أن هذا الغير يكون له فى هذه الحالة الحق فى دفع دعوى الأصل بكافة الدفعات التى كانت له قبل النائب بما فيها المقاصة • وخيار الغير المتعامل مع النائب فى هذا النظام يستنفذ باستعماله مرة واحدة بمعنى أنه ليس لهذا الغير أن يرجع على النائب بعد أن يكون قد اختار الرجوع على الأصل وبالعكس (١) والشبه بين نظام الأصل المستتر

(١) أنظر فى القانون الانجليزى :

Halsbury's Laws of England, vol. I, para. 490 et seq. ; Chitty on Contracts, London 1961, vol. II, para. 64 et seq. ; Sutton and Shannon on Contracts.

في القانون الانجليزي والقانون الأمريكي وبين قواعد الشريعة
الاسلامية في آثار النياية متوفر من أكثر من وجه :

١ - فتمت تلك العلاقة المباشرة التي تنشأ بين الأصل وبين الغير
المتعاقد مع النائب رغم الجهل بالنيابة وقت إبرام العقد أى أن الأثر
المباشر للنيابة يترتب في النظامين في صورة ينعدم فيها ذلك الأثر
المباشر في سائر القوانين الحديثة .

٢ - وأيضاً فالخيار المقرر للغير في القانون الانجليزي والقانون
الأمريكي في الرجوع على النائب أو على الأصل مقرر له كذلك في
الشريعة الاسلامية اذ قرأ في (تحفة الحبيب ج ٣ ص ١٢٦) ما يلي .

« فان اعترف (الغير الذى باع للوكيل) بها (أى بالوكالة)
طالب كلا منهما به (أى بالثمن) والوكيل كضامن والموكل كاصيل »
ونجد في (نهاية المحتاج ج ٤ ص ٣٨) قوله :

London 1963, Arts. 169 et seq. ; Anson on Contract and Agency, London
1959, p. 518 et seq. ; Stoljar, pp. 203-233

وانظر في القانون الأمريكي
Restatement, 2nd (1958), Agency, Section 209 et seq. ; Mechem, Outlines of
the Law of Agency, Chicago 1952, Sect. 145 et seq. ; Ferson, Sect. 156-
180.

وجدير بالملاحظة أن المشروع التمهيدى الأخير لقانون موحد بشأن النيابة الذى أصدره
للمعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص في أكتوبر ١٩٧١ قد أخذ في اللادتين ٢ و ٢٦ منه
بنظام الأصل المستقر . وواضح من الأعمال التفسيرية للمشروع ان ذلك يرجع الى
اشتراك اللغاه الانجليز والأمريكيين في أعمال اللجنة للشككة من مثلى سكومات الدول
الأعضاء في المعهد وأن القصد من ذلك جعل مشروع القانون للوند مقبولا من أكبر عدد
من الدول على اختلاف نظمها القانونية . انظر خصوص للمشروع المذكور في ملحق هذا
الكتاب . وليس هذا للمشروع أول ترجيح دولى لقواعد النيابة ينحو هذا المنحنى لأن مشروع
توحيد قواعد تنازع القوانين بشأن النيابة الذى أعدته جماعة القانون الدولى في مؤتمرها
للمنفذ في لوسرن سنة ١٩٥٢ قد نص في مادته الثانية على تعريف للنيابة يشمل
حالات تعاقد النائب باسمه هو لحساب الأصل ولا يقتصر على الحالات التى يتعاقد فيها
النائب باسم الأصل ، وكذلك فعلت اتفاقية لاهى للفقود سنة ١٩٧٧ في مادتها
الأولى .

« وان اعترف (أى الغير المتعاقد مع الوكيل) بها (أى بالوكالة)
مطالبه به (أى بالثمن) أيضا فى الأصح وان لم يضع يده عليه كما
يطلب الموكل ويكون الوكيل كضامن لمباشرة العقد والموكل كأميل
لأنه المالك ومن ثم رجح عليه الوكيل اذا غرم » •

كما نجد المعنى نفسه فى « المغنى » اذ يقول (ج ٥ ص ٢٦٤) :
« فاما ثمن ما اشتراه (الوكيل) اذا كان فى الذمة فانه يثبت فى
ذمة الموكل أصلا وفى ذمة الوكيل تبعا كالضامن وللبياع مطالبه من
شأن منهما فان أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل واذا أبرأ الموكل برىء
الوكيل أيضا كالضامن والمضمون عنه سواء » •

وكذلك يقول البهوتى فى « شرح المنتهى » (ج ٢ ص ١٧٨ -
١٧٩) : « وان علم مشتر بالوكالة فلا طلب له على وكيل والا فله
طلبه ابتداء للتحرير • وان اشترى وكيل بثمن فى ذمته ثبت فى ذمة
الموكل أصلا وفى ذمة الوكيل تبعا كالضامن وللبياع مطالبه من شأن
منهما وان أبرأ الموكل برىء الوكيل لا عكسه » •

على أن الخيار المقرر فى الشريعة يختلف عن الخيار المقرر فى
القانون الانجليزى من حيث أن الرجوع على أى من الاثنين (الاصل
أو النائب) فى هذا الأخير يستتبع النزول عن الرجوع على الآخر بغير
تعرق ، بينما مقتضى القياس على الضامن والمضمون فى الشريعة أن
الرجوع على النائب لا يمنع من الرجوع بعد ذلك على الأصل اذا لم
يشتر الرجوع على نائبه لأن الأصل فى حكم المدين الأصلي واذن
فالقانون الانجليزى يسوى فى المسئولية بين المدينين البديلين أما
الشريعة فترتب مسئوليتيهما بالقياس على مسئوليتى الضامن والمضمون •

وفى هذه النقطة وجه خلاف بين القانون الانجليزى والقانون
الأمريكى ففى الولايات المتحدة لا يسقط حق الغير فى الرجوع على

النائب لمجرد انه ذات مد بدا بمطالبة الاصيل او بالعكس وانما يربط على صدور حكم ضد أحدهما عدم امكان مطالبة الآخر اللهم الا اذا كان الغير قد حصل على حكم ضد النائب قبل أن تنكشف له شخصية الاصيل ففي هذه الحالة يكون للغير أن يعود فيقاضى الاصيل متى وجد له مصلحة في ذلك كأن يكون الاصيل مثلاً أكثر ملاءة من النائب (١) .

والقانون الأمريكى فى عدم ترتيبه على مجرد مطالبة أى من الاصيل أو النائب سقوط حق الغير فى مطالبة الآخر يقترب من أحكام الشريعة بأكثر مما يفعل القانون الانجليزى (٢) .

ويرى العلامة السهوى (٣) أن نظام الاصيل المستر فى القانون الانجليزى وهو فى الواقع مرحلة الى الامام فى نظام الاسم المستعار الذى تعرفه القوانين اللاتينية والجرمانية فان هذا النظام الأخير لا يجعل العلاقة مباشرة بين الاصيل والغير بل يتوسط بينهما النائب ويرجع كل منهما عليه دون أن يرجع أحدهما على الآخر أما النظام الانجليزى فيسمح بهذا الرجوع ويضيف أستاذنا الكبير السهوى أن نظام القانون الانجليزى فى هذا الصدد ظاهر أنه لا ينطبق الا فى العلاقات المالية التى لا اعتبار فيها للشخص فلا ينطبق على وعد بالزواج أو على ايجار العمل الخ .

(١) أنظر : Restatement, 2nd (1958), Agency, Sections 209, 210-337; Mecham, § 158, Coppola, Sect. 50 and 66.

(٢) أنظر فى تفصيل للتأثير بين الشريعة والقانون الانجليزى فى أثر النيابة

بعضنا المنشور فى المجلة الدولية للقانون المقارن ١٩٦٥ ص ٣٧٩ - ٣٩٤ .

Badr, La tendance objective en matière de représentation dans la common law et le droit islamique, in La Revue Internationale de Droit Comparé, 1966, pp. 379-394.

وقد أبرزنا فى هذا البحث أن أحكام الشريعة كالحكام القانون الانجليزى تمثل اتجاها موضوعيا واضحا بالمقابلة للاتجاه الشخصى الذى تتميز به القوانين اللاتينية .

(٣) نظرية العقد - منذ ٢١٠ ص ٢١٨ حاشية .

ونعتقد أننا أثبتنا فيما تقدم أن الشريعة الإسلامية قد سبقت القانون الأنجليزي الى ذلك كله اذ قررت للنيابة أمرا مباشرا يربط الأصل والغير في حالات تدخل ضمن ما تسميه القوانين الحديثة الاسم المستعار ولا تعرف بشأه الأثر المباشر للنيابة وبذلك كانت دائرة النيابة أوسع في الشريعة الإسلامية منها في القوانين الحديثة كما ذكرنا من قبل •

١٥٥ - ولا يسعنا في ختام هذا العرض لأثر النيابة في الشريعة الا أن ندلي بما ظن أنه تصويب لما قيل من أن مذهب أبي حنيفة بهذا الصدد قريب من القانون الروماني وأن مذهب الشافعي قريب من القانون الحديث (١) فقد رأينا أن الحنفية وغيرهم من سائر المذاهب الأربعة متفقون على رجوع آثار تصرف النائب الى الأصل رأسا في جميع الحالات التي يبرم فيها النائب التصرف باسم الأصل وهي وحدها التي تتحقق فيها النيابة في القوانين الحديثة كمساعدة عامة • أما ماعدا ذلك من الحالات فهي في حكم القوانين الحديثة تخرج عن نطاق النيابة ومع ذلك فمذاهب الشريعة الإسلامية تقر في

(١) نظرية المقد بند ٢٠١ من ٢٠٩ جاسية ١ و « الوسيط » ج ١ بند ٨٣ حاشية ١ • وفي الشريعة الإسلامية اختلفت المذاهب في هذا الموضوع ، فأبو حنيفة يرجع حكم المقد الى الوكيل أما حقوق المقد فترجع الى الوكيل وهو في هذا قريب من القانون الروماني عل النحو الذي تقدم ، والشافعي يرجع حكم المقد وحقوقه الى الوكيل دون الوكيل وهو في هذا يتفق مع القانون الحديث • ونظن أن هذا القول يرد عليه ماخذان :

الأول : أنه لا يصح الا عن العقود التي يشيخها الوكيل ان تلمس لا الى موكله الى العقود التي لا تبرم باسم الأصل وهذه - كمساعدة عامة - تخرج أصلا عن نطاق النيابة في القانون الحديث لانتهاء تعامل النائب مع الغير باسم الأصل - أما العقود التي يبرمها الوكيل باسم موكله فانها جميعا حكما وحقوقا - تلحق في الشريعة الإسلامية بالأصلي مباشرة عل ما أسهبنا في بيانه •

الثاني : أن الرأي للنسوب هنا الى الشافعي هو الذي يرويه عنه الحنفية في كتبهم وليس المعتمد في كتب الشافعية •

هذه الحالات الأخيرة الأثر المباشر للنيابة على تفاوت بينها وبينه التفرع
بين ما يسمونه حكم العقد وما يسمونه حقوق العقد على ما شرحناه
أفقا ،

وعلى ذلك فإن التسوية بين مذهب أبى حنيفة فى ارجاع حقوق
العقد الى الوكيل وبين القانون الرومانى الذى لم يكن يقر الأثر المباشر
لليابة كأصل ، لا تستقيم الا اذا قارنا حكم القانون الرومانى فى
عمومه بخصوص حكم المذهب الحنفى فى حالات تعاقد الوكيل باسم
نفسه لا باسم الموكل وهى مقارنة غير سليمة لتفاوت الأسس التى تقوم
عليها اذ هذه الحالات الأخيرة تخرج عن نطاق النيابة فى القانون
الحديث نفسه بله القانون الرومانى ، والمذهب الحنفى فى هذه
الحالات الأخيرة نفسها يذهب الى أبعد مما تذهب اليه القوانين
الحديثة اذ يرجع أهم آثار العقد - وهو ما يسميه حكم العقد - الى
الأصيل رأسا ولا يحتفظ للنائب الا بالأثار القرعية المسماة بحقوق
العقد وبذلك يتضح مدى الاختلاف ما بين المذهب الحنفى والقانون
الرومانى فى هذا الصدد .

١٥٦ - هذا وإن رأى الذى أوردناه هنا عن حكم الشريعة
بمختلف مذاهبها فى مسألة الأثر المباشر للنيابة سبق أن نادينا به أول
مرة - بأقل من هذا التفصيل - فى الطبعة الأولى من هذا الكتاب
سنة ١٩٥٤ حيث قلنا بعد استعراض قواعد الشريعة فى مختلف المذاهب
استعراضاً موجزاً :

« وواضح أن حكم الشريعة بمذاهبها المختلفة متفق مع حكم
القوانين الحديثة فى ارجاع آثار التصرف الى الأصيل دون النائب فى
جميع الصور التى تتحقق فيها النيابة بالمعنى الحديث أى فى جميع

المعقود التي يكون فيها العلم بوجود النيابة مشتركا بين النسائب
والغير المتماقد معه « (١) » .

ولم يكن يذهب الى هذا الرأي أحد من الشراح حتى ذلك
الحين والى ما بعده (٢) الى أن وجد هذا الرأي مندا نعتز به فيما
اتتهى اليه العلامة السنهوري - طيب الله ثراه - في الجزء الخامس
من « مصادر الحق في الفقه الاسلامي » (٣) ففيه رجع المؤلف عما
كان قد قال به في « نظرية العقد » وفي « الوسيط » موردا مبررات
هذا الرجوع وأسباب القول بالرأي الأول (٤) واتتهى الى أنه :

« في الحالة الأولى (حالة تعامل النائب باسم الأصل) تكون
النيابة كاملة في الفقه العربي اذ يختص شخص النائب ، وتقوم العلاقة
مباشرة بين الأصل والمآقد الآخر ، فيكسب الأصل الحقوق المتولدة

(١) « النيابة في التصرفات القانونية » - الاسكندرية ١٩٥٤ ص ١٦٤ .

(٢) قارن مثلا : شفيق شحاتة - في دوس الدكتوراه لسنة ١٩٥٧ ، (على الاقل
الكتابة) ، وفي « المجلة الدولية للقانون للقانون » السنة الثامنة (١٩٥٦) ص ٥٢٨ - ٥٤٦
وبخاصة الفقرات ٣٧ و ٤٠ و ٤١ - ولا تفوتنا الاشارة الى أن الأستاذ الدكتور شحاتة
في رسالته التي نوقشت سنة ١٩٣٦ - وكانت فاتحة طيبة لدراسة الفريضة على النهج
العلمي الحديث - (النظرية العامة للالتزامات في الفريضة الاسلامية - الجزء الاول -
طرق الالتزام - القاهرة - مطبعة الاعتماد بدون تاريخ) - كان قد قرر أن « الفقه الاسلامي
يعلم بمبدأ النيابة المطلقة » . ومبدأ النيابة هذا لم يصل اليه التشريع الروماني الا
بعد جهاد عنيف وقد بقي مجهولا من التشريع الفرنسي القديم ، أما الفقه الاسلامي
فقد قال بالنيابة التامة الى حدود معينة جنسها « (المرجع المذكور البنود
١٩٠ - ١٩٩) » . وقد ورد هذا القول هناك غير مسند الى النصوص الفقهية ، كما أنه
جاء ضمن المقدمة العامة للرسالة التي استعرض فيها المؤلف نظرية الالتزامات في
الفريضة استمرافا عاما يكون « هيكل وقتيا » يساعد على تتبع المعاملات المقبلة التي
شرع فيها المؤلف (بند ٣٩) ، ومن ثم فالظاهر أن الشئ انتهى اليه المؤلف في مقاله
النشور في « المجلة الدولية للقانون للقانون » سنة ١٩٥٦ ثم في دوس الدكتوراه لسنة
١٩٥٧ والتي نشرت في « مجلة العلوم القانونية والاقتصادية » - السنة الاول - ١٩٥٩
(المرجع السابق) هو قوله النهائي للسند الى خصوص للنسب الحظي .

(٣) القاهرة سنة ١٩٥٨ - ص ٣٠٨ .

(٤) ص ٢٤٩ - ٢٥٠ من المرجع المذكور .

من العقد الذي يشره النائب ، وتترتب في ذمته الالتزامات التي أنشأها هذا العقد فيطالب العاقد الآخر رأسا بهذه الحقوق ويطالبه العاقد الآخر رأسا بهذه الالتزامات . وهذا هو أيضا شأن الفقه الاسلامي ، لم يقصر عن ادراك مدى النيابة كاملا في هذه الحالة ، ولم يتخلف عن الفقه الغربي خطوة واحدة فان الوكيل في الفقه الاسلامي اذا أضاف العقد الى موكله انصرف حكم العقد وحقوقه جميعا الى الموكل لا الى الوكيل وكانت النيابة كاملة ومن ثم يخضع شخص الوكيل وتصبح العلاقة مباشرة بين الموكل والعاقد الآخر ، ويرجع الموكل على العاقد الآخر رأسا بما كسبه من حقوق العقد كما يرجع العاقد الآخر على الموكل رأسا بما كسبه هو أيضا من هذه الحقوق . لا فرق في كل ذلك بين الفقه الاسلامي والفقه الغربي الحديث . فليس هناك شك في أن الفقه الاسلامي قد وصل بنظرية النيابة الى أبعد مدى وصل اليه الفقه الغربي الحديث .

ويضيف المؤلف الى ذلك قوله (ص ٣١٠) :

« أحسن الفقه الاسلامي كل الاحسان في صرف حكم العقد وحقوقه الى الموكل اذا أضيف العقد اليه فهذه نيابة كاملة سبق فيها الفقه الاسلامي الفقه الروماني وكان هذا الفقه الأخير يقف عند حدود الرسالة لا يتعداها الى النيابة وضاهى الفقه الاسلامي فيها الفقه الغربي الحديث فلم يتخلف عنه خطوة واحدة » .

وقد استقر هذا الرأي الآن في الفقه الحديث (١) .

١٥٧ - الأصل اذن هو الذي تترتب في ذمته مباشرة آثار التصرف الناحصل بطريق النيابة لأن نيابة النائب ليست نيابة في الالتزام بأحكام العقد وإنما هي نيابة في انشاء العقد ، وعلى هذا فالأصل

(١) انظر رسالة الأستاذ محمد رضا المائى : « الوكالة في التبرية والقانون

بغداد ١٩٧٥ خصوصا البنود ١٩ - ٢٢ و ٤٣٩ - ٤٨٢ » .

— دون النائب — هو الذى يكتسب من ذلك التصرف حقوقا ويلتزم بمقتضاه بالتزامات وهو — دون النائب — الذى له أن يطالب الطرف الآخر بالتنفيذ اللهم الا اذا كانت نيابة النائب تشمل تنفيذ العقد ولا تقتصر على ابرامه فهنا يكون له أن يتولى الوفاء والاستيفاء بصفته نائباً في ذلك عن الأصل (١) .

وغنى عن الذكر أن التزام الأصل بأثار تصرف النائب هو حكم قاعدة النيابة التى تنطبق متى توافرت شروطها بلا حاجة الى قبول الأصل للالتزام بتلك الآثار ، وبالتالي فليس للأصل — متى وجب انطباق قاعدة النيابة — أن يقبل بعض آثار تصرف النائب ويرفض البعض الآخر اذ أن تصرف النائب وحدة لا تتجزأ وآثار ذلك التصرف تلحق الأصل بحكم قاعدة النيابة دون أى اجراء آخر . ولا يخفى أن من الحالات ما لا يحتاج فيه انطباق قاعدة النيابة الى رضا الأصل أصلاً لا مقدماً ولا بعد ابرام التصرف وذلك كما فى صور النيابة اتناونية وفى الفضالة عندما يكون التصرف نافعا شعاً محضاً ، بل أن هناك حالات تنطبق فيها قاعدة النيابة وترجع آثار التصرف الى الأصل رغم ما قد يكون لهذا الأخير من ارادة مخالفة وذلك كما فى حالات النيابة الظاهرة التى تقوم فيها النيابة على حالة واقعية لا علاقة لها ب ارادة الأصل الحقيقية .



١٥٨ — يخلل كثير من الفقهاء ضمن آثار النيابة بالنسبة

(١) يلاحظ فى النيابة الاتونية أن مداهما يشمل دائماً تنفيذ التصرفات التى يستلزمها النائب وذلك لأننا فى حالات النيابة الاتونية أمام شخص مهود اليه يعول كالة شئون اللثة المالية لشخص آخر مقصود من الشارع بالرعاية والحماية ولا يمتنع ذلك اذا لم تشمل نيابة النائب حق الاستيفاء والوفاء والا ظلت تصرفات النائب القانونى عقيمة لا يستفيد منها الأصل ولهذا فإن مدى نيابة النائب القانونى يصح دائماً لتنفيذ التصرفات التى يجريها باسم الأصل . انظر مكارى ص ٢٢٦ .

للأصيل ، مسئولية قبل الغير عما قد يقع من النائب من خطأ تقصيري مناسبة إبرام التصرف الحاصل بطريق النيابة ويتكلمون عن هذه المسؤولية في كلامهم على أثر النيابة ، والواقع عندنا أن هذه المسؤولية لا تدخل في نطاق آثار النيابة بالنسبة للأصيل فهي مسألة غريبة عن النيابة وتدخل ضمن نظام قانوني آخر كما سيتبين مما يلي :

يتصل البحث في مسؤولية الأصيل عن أعمال النائب غير المشروعة أوثق اتصال بالترقة الجوهرية بين مجال التصرفات القانونية ومجال الوقائع القانونية وينبغي استحضار تلك التفرقة في الذهن عند محاولة تأصيل تلك المسؤولية وعن اغفالها تحت المزالق التي أدت بعض الشراح وبجانب من أحكام القضاء الى القول باعتبار الأصيل - بوصفه ذلك - مسئولاً مسؤولية تقصيرية عن تمويض الضرر الذي يصيب الغير من جراء عمل النائب غير المشروع .

فالنيابة بحكم كونها احلالاً لارادة النائب محل ارادة الأصيل هي إبرام التصرف ينحصر مجالها في التصرفات القانونية سواء كانت عقوداً أو تصرفات بالارادة المنفردة أما المسؤولية التقصيرية سواء عن الخطأ الشخصي أو خطأ الغير فهي مؤسسة على العمل غير المشروع وهو واقعة قانونية لا علاقة لها بالارادة كمصدر للآثار القانونية ولذا فهي بعيدة عن مجال التصرفات القانونية القائمة على الارادة . ومن ثم يبين بوضوح أن الربط بين المسؤولية التقصيرية عن خطأ النائب وبين موضوع آثار النيابة ينطوي على خلط بين مجالين متميزين من مجالات النشاط القانوني وأن حل مسألة مسؤولية الأصيل عن خطأ النائب لا يمكن الوصول اليه في نطاق علاقة النيابة (١) .

(١) من أحكام القضاء الفرنسي التي استند اليها من قال بمسؤولية الوكيل عن خطأ الوكيل - برصهما ذلك - سكان أحما قديم والآخر أحدث هذا ويظهر من النظر فيهما مدى الخلط الذي وقع بين العقد وبين العمل غير المشروع ، كما يظهر

ويفرق الفقه التقليدى بصدد مسئولية الأصل عن خطأ فائيه بين مختلف أنواع النيابة جاعلا لكل نوع حكما خاصا بالنسبة لتلك المسئولية : ففي النيابة القانونية نجد أنه من المقرر أن القاصر أو ناقص الأهلية غير مسئول عن خطأ فائيه القانونى (١) أما فى النيابة الاتفاقية فمن المقرر أن الأصل مسئول عما يرتكبه فائيه من خطأ .

= ان اللجوء فى واقعتى هذين الحكمين الى فكرة المسئولية التقصيرية عن أعمال الوكيل ثلاثة فى طبيعتها .

الحكم الأول صادر من محكمة استئناف الجزائر فى ٧ يوليو سنة ١٨٩٩ (دالوز ١١٠١ - ٢ - ١٨١) وفيه استندت للحكمة الى فكرة المسئولية التقصيرية التى تقع على الوكيل من جراء خطأ الوكيل وذلك لانزام مودع لديه بتعويض المودع عن فقد الوديعة التى يتبعها وكيل للمودع لديه وكان مكلفا بتسليمها لصاحبها ، وطامس من هذه الواقعة انه لا حاجة أصلا الى إثارة فكرة المسئولية التقصيرية ولا الى القول بأن تبديد الوكيل للوديعة يعتبر خطأ يسأل عن تعويضه للوكيل بوصفه متبوعا لارتكب الخطأ ، وذلك لأن رد الوديعة التزام هيكلى يقع على عاتق المودع لديه بموجب عقد الوديعة وعدم تنفيذ هذا الالتزام يستتبع مسؤولية المودع لديه على أساس المسئولية التقديرية لا التقصيرية ، ويدعى أنه كلما اثبتت عنا أحكام للمسئولية التقديرية وجب أن نستبعد فكرة المسئولية التقصيرية من مجال البحث .

والحكم الآخر صادر من محكمة استئناف باريس فى ١٠ يوليو ١٩٤٤ (دالوز ١٩٤٥ - ٦٢) قضت فيه المحكمة بالانزام مالك المقار بتعويض للمشتري للمقار فى الزاد من تكليف اضمح أن المقار مثقل به ولم يكن قد ورد له ذكر فى قائمة شروط البيع التى أشهر زاد المقار على أساسها واستندت المحكمة فى هذا القضاء على أن عدم ادراج ذلك التكليف فى قائمة شروط البيع خطأ ارتكبه موثق العقود للتكلف من البائع بإجراء الزاد وأن البائع بوصفه موكلا مسئول عن الخطأ الذى ارتكبه وكيله موثق العقود ، وظاهر هنا أيضا أن الإشارة الى المسئولية التقصيرية تنطوى على كتمان من عدم الدقة وذلك لأنها فى واقعة الدعوى التى قضى فيها الحكم بإلزام مسئولية عقدية تقع على عاتق البائع كاتر من آثار عقد البيع لا أنه لم ينطو التزامه بنقل الملكية خالصة للمشتري تقليدا كاملا وذلك بلا أدنى دخل للمسئولية التقصيرية ، وليس أدل على ذلك من أن لقضى فى تلك الدعوى كان قد طلب أمام المحكمة الابتدائية أصليا لمسح عقد البيع واحتياطيا التعويض ثم عدل طلباته أمام محكمة الاستئناف بالتنازل عن طلب المسح مع التمسك بطلب التعويض وكلها طلبات تشكل بها أحكام القصد وهى من جزاءات المسئولية التقديرية ولا أعمال لها بالمسئولية التقصيرية ، ولا شك أن الخلط بين مجا المسئولين ينطوى على تجاهل للفرقة الأساسية بين التصرف القانونى والواقعة الاتفاقية .

(١) رومست ص ٨٦ - مافوى ص ٢٢٥ - بريسكو - رومستياكو ص ٦٩

فى ٢٠ كانون الأول ١٩١٧ .

وان مجرد التفرقة بين نوعي النيابة في الحكم يحبل الدليل على
أن مسألة المسؤولية عن خطأ النائب ليست من آثار النيابة بمعناها
الصحيح وأنها لابد أن تكون أوفق ارتباطا بنظام آخر غير النيابة .

والواقع أن الفقه والقضاء أصبحا يقيمان تلك المسؤولية على
ما بين الأصل والنائب من علاقة المتبوع بالتابع ويجعلان مسؤولية
الأصيل عن خطأ النائب تطبيقا من تطبيقات المسؤولية عن فعل الغير
الناتجة عن علاقة التبعية (مادة ١٣٨٤ فقرة ٤ فرنسي) (١) .

١٥٩ - علي أن كل نائب اتفاقي ليس تابعا للأصيل بإطلاق ،
فإن علاقة التبعية عناصر - منها الاشراف والتوجيه - قد لا تتوفر
في كثير من الحالات فيما بين الأصيل ونائبه الاتفاقي من علاقة ، وعلى
هذا فإن مسؤولية الأصيل عن خطأ نائبه متوقفة على توافر علاقة التبعية
بينهما بعناصرها المتميزة بصرف النظر عن وجود علاقة النيابة (٢) فهذه

(١) انظر بوسكو - رامسبيلو ص ٣٠١ - ٣٠٢ والمراجع والأحكام المشار اليها في
والنظر روست ص ٨٨ ومادري ص ١٣٥ - ١٣٦ .

(٢) نفس فرنسي (مدني) ١٦ يوليو سنة ١٩٣٦ - دالوز الأسبوعي ١٢٧/١٩٣٦
« ان وجود الوكالة لا يعنى بالضرورة قيام علاقة تبعية بين الموكل والوكيل ، والمسئولية
المقررة بالمادة ١٣٨٤/٤ من القانون المدني على عاتق المتبوع نتيجة لفعل التابع تقتضي
في الاول حق التوجيه والاشراف والرقابة على الثاني » .

« L'existence d'un mandat n'implique pas nécessairement l'établissement
« entre les parties d'un rapport de commettant à préposé ; la responsabilité
« édictée par l'art. 1384/4 c.c. à la charge du commettant et à raison du fait
« de son préposé, suppose que le premier possède, au regard du second, un
« droit de direction, de surveillance et de contrôle ». Cass. (civ.) 16 Juin 1936,
D.H. 1936/927.

وانظر حكم محكمة الاسكندرية الابتدائية ٢١ أبريل سنة ١٩٥٧ (الدعاوى
١١٢٥/٥١٤/٢٨) : « اذا ارتكب الوكيل عملا غير مشروع نسباً عنه ضرر للغير كان
الوكيل لا يكون مسئولاً عن توبيخ ذلك الضرر الا اذا توافرت في علاقته بوكيله عناصر
التبعية المتميزة عن اركان عقد الوكالة ، والوكالة بطاتها لا تكفي لاعتبار الوكيل تابعا
للموكل بالمعنى المنصوص في المادة ١٧٤ مدني وإنما يقتضي النظر عن شدة الظروف وقوة
الوكالة نسباً الى توافر أو عدم توافر عناصر رابطة التبعية من وجود سلطة فعلية للموكل
على الوكيل مفرقة بالتوجيه والرقابة » .

العلاقة ليست بحال الأساس الذي تقوم عليه مسئولية الأصل من
خطأ النائب (١) .

لهذا اتجه الفقه في الزمن الأخير الى ابراز المعنى المتقدم مقروا ان
المسئولية التي تقع أحيانا على الأصل نتيجة لخطأ نائبه ليست من آثار
النباية وانما هي من قبيل مسئولية المتبوع عن خطأ التابع (٢) .

(١) انظر ماعدوي ص ٢٣٦ - ٢٣٧ حيث يعرّف مثالي لنباية تقتضي بها رابطة تيمية
ولنباية لا يقتضي بها أي عنصر من عناصر التيمية . وانظر في هذا المعنى رواسست
ص ١٩٧ - ١٩٨ حيث يسوق حكمتي لمحكمة النقض الفرنسية اولهما حكم ١٦ يونيو
سنة ١٩٣٦ للمشار اليه في الحاشية السابقة والثاني حكم ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٥ الصادر
في شأن نباية كانت تقتضي بها علاقة تيمية .

(٢) رواسست ص ١٩٨ - رواسست في مجموعة أعمال جمعية عتري كائينان ج ٤
ص ١١٤ - فرن تومر ص ٢٨٧ - بلجساي ص ١٢ وانظر للمراجع المشار اليها في حاشية
البند السابق .

عده وقد نشأت في الفقه الايطالي في مطلع هذا القرن نظرية مبتدعة قال بها
الأستاذ كيروني (٣) « الخطأ في القانون للمدني - الخطأ غير المتعمد » - ج ١ بند ١٥٩
وما بعده وانظر تلخيص نظريته في ديوج : الالتزامات ج ٥ بند ٨٨٢ (ومؤداه
تأسيس مسئولية للمتبع عن أعمال تابعة على فكرة النباية فهو يرى أن رابطة التيمية
تؤدي الى مساواة للمتبع عن أعمال تابعة لأن بين التابع والمتبع علاقة نباية *rappresentanza*
بمعنى يكون كل فعل يقوم به النائب (التابع) بصلة حسنة وفي حدود وظيفته
متمويا للأصل (للمتبع) ومعتبراً فعلاً له وعلى ذلك تعد مسئولية الأصل في هذه
الحالة مسئولية عن فعل نفسه إذ أن الأمر القانوني للنباية هو اذماج شخصية النائب
في شخصية الأصل بحيث تستغرق هذه تلك وتكون أعمال النائب بصلته نائباً في أمام
القير أعمال الأصل نفسه (كيروني : المرجع السابق بند ١٥٩ ص ٢٧١) فالتابع عند
كيروني ليس الا أداة للمتبع بحيث أنه بمجرد وقوع الفعل الضار وعلمته الى التابع
تقوم مسئولية للمتبع مباشرة ، وتلك عنده هي النتيجة الحتمية لقيام علاقة النباية بين
التابع والمتبع (المرجع السابق بند ١٦٠ ص ٢٧٢) وبتفسير مسئولية المتبع على هذا
الأساس يرى كيروني أنه يمكن تبرير عدم تمكن القانون للمتبع من التخلص من
المسئولية بإثبات عدم خطئه أو قصوره وذلك لأن الفعل الضار الذي ارتكبه التابع انما
هو من الوجهة القانونية فعل المتبع نفسه طبقاً لفكرة النباية (المرجع السابق بند ١٦٢
ص ٢٨٤) وتسير « النباية » يجب أن يفهم في هذا الصدد فهما واسماً بحيث لا يقتصر
مستاهما على الوكالة والفضالة وانما يتسع ليشمل كل حالة يفهم فيها شخص لآخر بالتبليغ
بفعل باسم الأول وحسابه أو يصاحبه على العمل ولو لم يكن هناك تكليف سابق به
(المرجع السابق بند ١٦٢ ص ٢٨٧) وبهذا التحديد يتضح معنى هذا التصريح بحيث
يشمل صورتي : الأولى صورة النباية مستاهما الحقيقي *rep. vera e propria* وهي التي

وقد أصلت محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث نسيا (١) التفرقة بين مجالي المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في علاقة النائب بالأصيل وبالعير الذي أصابه الضرر اذ قررت أنه اذا كان تنفيذ

تجه فيها إرادة الطرفين الى احداث علاقة نيابة • والصورة الثانية صورة النيابة بوجه عام rap. in genere وتقتل سائر الحالات التي يقوم فيها شخص يعمل باسم ولحساب شخص آخر (المرجع السابق بند ١٦٥) والنيابة بنوعها هذين قد تكون اتفاقية او قانونية وذلك بحسب ما اذا كان الاتفاق أو القانون هو الذي يتولى اعطاء صفة النائب أو الأصيل والمسئولية في الحالتين تقع على الأصيل متى تصرف النائب بصفته نائباً في حدود وظيفته فوقع منه فعل ضار •

هذا هو مجمل نظرية كيروني في تبرير انضمام رابطة التبعة الى مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه ولا يستطيع الناصر فيها أن ينكر عليها الروتق والتباسك الفني كما أنها تشرح كثيراً من أحكام مسؤولية المتبوع شرحاً مرضياً • الا أنها مع هذا لا تسلم على المنهج فهي تتعارض مع صريح نص القانون الذي يقرر أن مسؤولية المتبوع من فعل تابعه إنما هي مسؤولية عن فعل الغير (وهذا واضح من الفقرة الأولى للمادة ١٢٨٤ فرنسي المتابلة للمادة ١١٥٣ من القانون الايطالي القديم) بينما منطوق نظرية النيابة يطبق الى القول بأن المسؤولية هنا مسؤولية عن فعل الشخص نفسه • كما أنه لا يمكن في صدد المسؤولية التغطية القول بقيام علاقة نيابة بالمعنى الفني الدقيق بين التابع والمتبوع الا بتجاوز شديد فالتابعة مؤداهما اجلال إرادة النائب محل إرادة الأصيل في القيام بصرف معين وليس كذلك التابع الذي يقوم تحت اشراف متبوعه بخضعات مادية له اذ ليس هنا حلول إرادة محل أخرى ولذا ففي هذه النظرية خلط بين مجال التصرفات القانونية وبين مجال الوقائع القانونية • لهذا كله لم تلق هذه النظرية قبولا حتى من الفقه الايطالي (انظر في تقدمنا تفصيلا : جيورجي : نظرية الالتزامات في القانون الايطالي الحديث ج ٥ بند ٢٥٢ مكرر ثالثا) ويكتفينا لاطراحها أن القانون للدني المصري - انبعاثا للمستقر في القضاء المصري والفرنسي - يحصل من الخطأ للفتراض أساسا لمسؤولية المتبوع (المذكورة الايضاحية على المادة ١٧٤) ولذا فلا حاجة الى البحث عن أساس تلك المسؤولية في فكرة النيابة على ما في الاستناد اليها في هذا الصدد من عيوب جوهريه سلف عرضها •

عل أن من القضاء الفرنسيين الحديثين من يانط بالفكرة المتقدمة - ولو بشكل عام أقل وضوحا وتعميدا مما جاء به كيروني - وهذا الأستاذان هنري وليون مازو (مازو : الموسوعة النظرية العلمية للمسؤولية المدنية ج ١ بند ٨٥٩ و ٧٤٣ وايضا بند ٢٢٨ وما بعده) •

(١) نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٦٤ - للجمعية الاحكام محكمة النقض الفرنسية ٣٥/٥١/١٩٦٤ •

Cass. civ. 28 janvier 1964, Bull. civ. I, No. 52, p. 35.

وبالمعنى نفسه نقض تجاري ٩ مارس ١٩٧٧ - دالوز D. 1977, Inf. rap. 248.

الالتزامات العقدية الناشئة عن تصرفات عقدها الوكيل لحساب الموكل وباسمه يقع على عاتق هذا الأخير وحده فإن الوكيل يظل مع ذلك مسئولاً شخصياً قبل الغير عن الضرر الذي قد ينتج عن الجرح وأشباه الجرح التي يرتكبها - سواء من تلقاء نفسه أو بناء على تعليمات الموكل - أثناء تنفيذ مهمته .

ولما كان الأمر أوضح من أن يحتاج إلى إيالة فافتنا لن نتوسع في التدليل على خروج مسؤولية الأصيل عن خطأ النائب من نطاق البحث في النيابة مكتفين بالإشارة إلى أنه في حالة الخطر يظل النائب مسئولاً قبل الغير - وحده أو مع الأصيل حسب الأحوال - بينما حكم النيابة هو اقتصار الآثار القانونية للتصرف على الأصيل دون النائب الذي يظل أجنبياً عن تلك الآثار ، كما أنه لا يمكن القول بأن نية النائب وهو يرتكب الخطأ انصرفت إلى إرجاع آثاره إلى الأصيل وأذن فلا يسوغ القول بأن هذه المسؤولية أثر من آثار النيابة (١) ، وبالتالي فلا علينا أن لم نذهب في بيان أحوال هذه المسؤولية وأحكامها لخروج ذلك كله عن نطاق هذا البحث .

(١) قانون نقض مدني ١٤ نوفمبر ١٩٦٧ - مجموعة المكتب الفني ١٨/٢٤٩/١٦٤٩ - حيث تقرر المحكمة أن الأصيل مسئول عن خطأ الوكيل في حدود قواعد المسؤولية التقصيرية وكذلك في حدود قواعد الوكالة نفسها ولا نرى أن هذا الحكم قاطع في أخذ المحكمة بالرأي المخالف لما جاء بالفتن فهي قد نظمت الحكم الاستثنائي لتقصير في التسييب إذ لم يرد رداً وإفياً على دفاع الطاعن وهو مسمار صدر له من أحد عدلائه تفويض موضوع شراء عقار وحصل المسمار خلال مدة التفويض على موافقة البائع وكان المصيل قد سافر تاركاً زوجته توكلاً بالشراء وامتنت الوكيلة عن إبرام العقد فأخذت بحكمة النقض على الحكم أنه لم يبحث موقفاً الزوجية من الصلقة ولم يبين السبب الذي دعاها إلى عدم اتمام العقد - ويبقى بعد ذلك في صورة ما إذا تم هذا البحث وتبنت على الوكيل خطأ موجب لتفويض المسمار أن تعرف هل يكون الموكل نفسه أم الوكيل فقط مسئولاً عن هذا الخطأ وما هي « قواعد الوكالة نفسها » التي تجعل للموكل مسئولاً عن خطأ وكيله في حالة عدم قيام رابطة تبعية بينهما تجعله مسئولاً عن خطأ تابعه طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية .

الفصل الثانى

أثر النياية بالنسبة للنائب

١٦٠ - لما كانت نتائج التصرف الحاصل بطريق النياية تقع فى ذمة الأصيل مباشرة فإن النائب يظل غريباً عن آثار ما عقده من تصرف باسم الأصيل فهو لا يلتزم بذلك التصرف ولا يرتبط بمقتضاه مع الغير على أى وجه كذا وهكذا نجد النائب الذى كان له الدور الأكبر إبرام التصرف غير ذى دور فى الالتزام بأحكام ذلك التصرف فهو بمجرد إبرامه ينسحب من ميدان العلاقة التعاقدية تاركاً بين الأصيل وبين الغير الذى تعاقد مع النائب رابطة قانونية مباشرة يحكمها ذلك التصرف المبرم بين النائب والغير (١) .

على أن نياية النائب الاتفاقي قد تشمل - فضلاً عن إبرام التصرف - تنفيذ التصرف الذى أبرمه وفى هذه الحالة يكون له بصفته نائباً وطبقاً لهذه الحدود الواسعة لنيابته أن يقضى ويستوفى وأن يقاضى ويقاضى المتوصل الى تنفيذ العقد ولكن ذلك كله بصفته نائباً ولحساب

(١) لقض مدنى ١٣ يونيو ١٩٧٤ - مجموعة المكتب الفنى ١٠٤٦/١٧٢/٢٥ وفيه رفضت المحكمة الطعن فى حكم كان قد قضى بعدم قبول الدعوى الناشئة عن عقد أبرمه الوكيل فى حدود نيابته والمرنوعة من الغير الذى تعاقد معه ضد الوكيل بصفته الشخصية قائلا إن « النسي على (الحكم) بالوكالة لم تطبيق القانون يكره على غير أساس » .

الأصيل لا لحساب نفسه • وقد نصت المادة ٨٠٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني في هذا الصدد على أنه : « يحق للغير أن يقيم الدعوى على الوكيل لاجباره على قبول تنفيذ العقد حين يكون تنفيذه داخلا حتما في وكالته » •

وفي حالات النيابة الضرورية (القانونية) يلاحظ أن الأصيل بحكم نقص أهليته لا يستطيع أن يباشر تنفيذ العقد الا بواسطة نائبه ، ولذا فإن نيابة النائب القانوني تتمتع دائما لتنفيذ العقود التي يبرمها باسم الأصيل ولحسابه فله الوفاء والاستيفاء كما أن له التقاضي مدعى ومدعى عليه غير أن ذلك كله بصفته نائبا يعمل باسم الأصيل ولحسابه فهو في تنفيذ التصرف أيضا مجرد نائب كما كان شأنه في إبرامه فليس عليه التزام شخصي ولا له حق شخصي قبل الغير الذي تعاقد معه •

على أن عدم التزام النائب قبل الغير بمقتضى التصرف الحاصل بطريق النيابة لا يعنى في كافة الصور عدم ارتباط النائب مع الغير بنحو ما ، فقد يقع من النائب بمناسبة إبرام التصرف خطأ في حق الغير فيلتزم قبله بمقتضى ذلك الفعل كما قد يلتزم النائب قبل الغير المتعاقد معه نتيجة لتجاوزه حدود مكنته و لانتحاله صفة النيابة كما فصلناه في كلامنا على مدى النيابة (١) على أنه لا يخفى أن هذه الروابط التي قد تنشأ في بعض الصور بين الغير والنائب ليست بحال من آثار التصرف الحاصل بطريق النيابة وانما هي روابط قانونية متميزة نشأت بمناسبة إبرام التصرف المذكور لا كنتيجة لذلك التصرف (٢) •

(١) انظر آفا بند ١١٨ وما يعمه •

(٢) نقض فرلبي (مدني) ٢٨ مايو سنة ١٩٤٠ - مسيريه ١٩٤٠/١/٦٤ : « اذا كانت القاعدة أن تصرفات الوكيل التي يبرمها بصفته تلك في حدود مكنته لا ترتب عليها مسئولية تعاقدية قبل الغير الا في ذمة الوكيل ، فان الوكيل يمكن مع ذلك أن يلتزم قبل الغير بمقتضى مسئولية تصديرية بسبب الانعزال الفاعلة التي يرتكبها أثناء تنفيذ الوكالة » •

« Si, en principe, les actes juridiques accomplis par le mandataire, agissant en cette qualité et dans la mesure de ses pouvoirs, ne font naître de

١٦١ - ليس من آثار النيابة اذن نفاذ التصرف الحاصل بطريق النيابة في حق النائب والتزامه بمقتضى ذلك التصرف ، وعلى هذا وتطبيقا لهذا المعيار يمكننا أن نستبعد من نطاق النيابة أوضاعا قد تختلط بالنيابة وهي أوضاع منها ما لم يعد الآن خروجه عن نطاق النيابة محل شك عند غالبية الفقهاء ومنها مالا يزال كثير من الفقهاء يعتبره من صور النيابة وتطبيقاتها •

فمن النوع الأول الاشتراط لمصلحة الغير وهو نظام يشبه بالنيابة من حيث اشتماله على أطراف ثلاثة : المشتري والمتعهد والمتنفع كما أنه يشبه بها من حيث أنه ينشئ للمتنفع حقا مباشرا بمقتضى تصرف لم يشترك في ابرامه الا أن تميزه عن النيابة يجب أن لا يكون محل شك لأن المشتري يلتزم بالعقد الذي يبرمه مع المتعهد وهو طرف أصيل فيه فذلك العقد وإن كان ينشئ للمتنفع حقا مباشرا الا أنه لا يفتأ يربط المشتري بالمتعهد بخلاف الحال في النيابة اذ نجد النائب غير مرتبط مطلقا بالعقد الذي يبرمه مع الغير باسم الأصيل • هذا فضلا عن أن مقتضى النيابة هو ايقاع آثار انعقد كلها من حقوق والتزامات في ذمة الأصيل بينما أن الاشتراط لمصلحة الغير من شأنه أن يكتسب المتنفع حقا دون الالتزامات التي لا يتحمل المتنفع منها بشئ بل هي تقع على عاتق المشتري (١) •

« responsabilité contractuelle envers les tiers qu'à la charge du mandant, le mandataire peut cependant être tenu à leur égard d'une responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle à raison des actes illicites et dommageables qu'il a accomplis dans l'exercice de son mandat ». Cass. (civ.) 28 mai 1940 — S. 1940.I.64.

(١) الرأي الأعم في الفقه هو ما قلناه من تمييز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة : أنظر رواسيت ص ١٨ - ٢١ ومادراي ص ١٨٠ - ١٨٢ وكولان وكايتان ج ٢ ص ٢٢٠ وفلاتيه بند ٣ ص ٤ • والسنيهورى في نظرية العقد بند ٨٠٤ أنظر من الرأي المكسي كلاريز ص ١٣٦ - ١٣٤ وحيث ينضم المؤلف الى الرأي القديم الذى كان يفسر الاشتراط لمصلحة الغير على أساس القضاة وينتهى الى أن المشتري يعتبر نائباً عن المتنفع في جزء من الصرف وأصيلا في الجزء الباقي • والواقع أن في تجزئة التصرف =

١٦٢ - ومن الحالات التي ما زالت أغلبية الفقهاء تراها من تطبيقات انبياة حالة التضامن السلبى اذ يقال ان بين المدينين المتضامنين بياة تبادلية فى كل ما لا يزيد من عبء الالتزام بحيث يعتبر كل مدين نائبا عن سائر المتضامنين فى التصرفات النافعة لهم أى المؤدية الى تخفيف عبء الالتزام وتسمى هذه النبابة « بالنبابة الناقصة » نظرا لاقصر أثرها على التصرفات النافعة دون سواها (١) .

ولفكرة « النبابة التبادلية » بين المدينين المتضامنين أصل فى. النصوص التشريعية فقد كانت المادة ١٠٨ من القانون المبنى المصرى القديم تنص على أنه فى حالة التضامن « يعتبر المتهدون كفلاء لبعضهم بعضا وكلاء عن بعضهم بعضا فى وفاء المتهمد به وتتبع القواعد المتعلقة بأحكام الكفالة والوكالة » .

أما القانون الحالى فانه وان أغفل النص على الوكالة أو النبابة فقد جاء بنصوص عديدة مبنياها فكرة النبابة التبادلية بين المدينين المتضامنين كما صرحت بذلك المذكرة الايضاحية (٢) اذ أشارت الى أن

= بهذا الشكل الصطنع قضيما للمعالم الخاصة لكل من نظامى النبابة والاشتراط لمصلحة الغير كما أن الرأى القديم الذى كان يرى فى الاشتراط لمصلحة الغير فضالة إنما كان مبنيا على الرغبة فى تبرير كل نظام قانونى جديد بإدخاله ضمن نطاق أحد النظم القائمة أما الآن فلا شك فى استقلال الاشتراط لمصلحة الغير كنظام قانونى قائم بذاته له فى القانون تطبيقات عديدة تتزايد مع تطور المجتمع باستعراؤ فلا محل لمحاولة تبريره على أساس الفضالة أو الخلط بينه وبين النبابة . انظر فى تفصيل التمييز بين الاشتراط لمصلحة الغير وبين الفضالة : السهنورى فى نظرية العقد بند ٨٠٥ ورواست ص ١٦ - ٢١

(١) السهنورى فى الموجز بند ٥١٠ وحشيت أبو مستيث بند ٧١٠ وماورادى ص ٧٨ - ٨٧ ورواست ص ٢٩ - ٣٦ ويلاحظ أن المؤلف الأخير يد أن قرر فى الموضوع المذكور من دروس الدكتوراه لسنة ٤٧ - ١٩٤٨ أن جمع عناصر النبابة تتوفر فى علاقة المدينين المتضامنين عدل عن هذا الرأى فى تقريره للنشور فى مجموعة أعمال جمعية هنرى كاييتان ج ٤ (المطبوع سنة ١٩٤٩) ص ١١٦ حيث يقول أن علاقة المدينين المتضامنين تتميز عن النبابة وانه ينبغى تفسير تلك العلاقة بغير النجوة الى فكرة النبابة .

(٢) عل المادة ٢٩٢ (ثلاثة ٤١٦ من للشروع الصهيدى) .

النصوص الجديدة تستبعد فكرة النياية التبادلية بين المدينين المتضامنين كلما كان فيها ما يسيء الى مركزهم وبالعكس تأخذ بتلك الفكرة كلما كان في اعمالها منفعة لمن تنتظمهم رابطة التضامن .

وعلى هذا فتصرفات المدين المتضامن تنسحب آثارها على سائر المتضامنين معه كلما كان في ذلك منفعة لهم فمن ذلك اعذار أحد المدينين المتضامنين للدائن ، فان باقى المدينين يستفيدون من هذا الاعذار (مادة ٢٩٣ فقرة ثانية) ومن ذلك الصلح الذى يبرمه أحدهم مع الدائن ويتضمن البراء أو براءة الذمة فهذا الصلح ينتج أثره فى حق باقى المتضامنين (المادة ٢٩٤) وغنى عن الذكر أن قيام أحد المتضامنين بالوفاء ينتج عنه - فى علاقة المدينين بالدائن - براءة ذمة سائر المتضامنين (١) .

٢٦٣ - على أننا لا نرى فى هذه الأحكام كلها نياية حقيقية وعندنا ان امعان النظر يؤدى الى القول بأن فى نسبة هذه الأحكام الخاصة بالتضامن الى النياية وفى اعتبارها تطبيقات لما يسمى بالنياية التبادلية الناقصة خروجاً على الدقة الواجبة وتجاهلاً للمميزات الجوهرية لنظام النياية بمعناه الفنى الدقيق .

ولان تطبيق المعيار الذى نحن بصدده - ألا وهو عدم نفاذ التصرف الحاصل بطريق النياية فى حق النائب وعدم التزامه بآثار ذلك التصرف - لىؤدى حتما الى اخراج التضامن السلبي من حالات النياية إذ أن المدين المتضامن فى تصرفه المأثد على المتضامنين بالنفع (وهو التصرف الذى يقال انه نائب فيه عن سائر المتضامنين) لا يعمل عنى . يقاع آثار تصرفه فى ذمه زملائه وانما هو يعمل لحساب نفسه أولاً

(١) للفكرة للسماة بالنياية التبادلية بين المتضامنين تطبيقات أخرى أكثر لصورتها بقانون المرافعات ولهذا رأينا اغفالها هنا وهو مذكورة فى مواضعها من المؤلفات العامة .

وآثار ذلك التصرف لا تنصرف الى زملائه دونه (شأن كل تصرف ينطوى على نيابة حقيقية) وانما تنصرف اليه هو أولا ثم الى زملائه معه .
بعد . وما دام المدين المتضامن لا يظل غريبا عن آثار التصرف الذى أجراه فلا يمكن أن يقال انه فى ذلك التصرف كان قائما عن سائر المتضامنين والا كان ذلك تشويه لنظام النيابة وطمسا لمعامله ومميزاته الجهرية .

ودليل انتفاء كل نيابة حقيقية فى نطاق التضامن ليس فقط فيما تقدم بل أيضا فى انتفاء شرط هام من شروط النيابة فى جميع تلك الحالات ألا وهو شرط التصرف باسم الأصيل أو اتجاه ارادة النائب والغير المتعامل معه الى صرف آثار التصرف الى الأصيل . فالمدين المتضامن اذ يجرى تصرفا ينطوى على تخفيف عبء الالتزام يفيد بتصرفه هذا سائر زملائه بحكم القاعدة القانونية وبصرف النظر عن اتجاه ارادته الى ذلك وقت اجراء التصرف اذ أن استفادة سائر المتضامنين من تصرف زميلهم النافع هو حكم القانون غير مشروط بقصد المتصرف وغير معلق على اتجاه ارادته تلك الوجهة ، فكلما أجرى مدين متضامن تصرفا نافعا انعكس أثر تصرفه هذا على سائر المدينين المتضامنين بغير توقف على ارادة المتصرف . وليس كذلك شأن النيابة لأن الأمر فيها يتطلب انصراف ارادة المتصرف الى توجيه آثار تصرفه نحو الأصيل وبغير وجود هذه الارادة (واشتراك الغير المتعاقد مع النائب فيها حقيقة أو حكما على ما سبق تفصيله) لا يتحقق حكم النيابة ولا تنصرف آثار التصرف الى الأصيل فالتضامن السلبى على هذا لا ينطوى على نيابة بالمعنى الصحيح وانما سريان أثر التصرف

الاندفاع الذى يجزئه أحد المدينين فى حق سائرهم هو من قبيل ما يسمى
بـ «الانذار المتعكس» للتصرف القانونى (١) .

١٦٤٢ - ونه وصح آخر لا ينطوى على نيابة حصرية اذ ان
الشخص الذى قد يشتبه بالنائب فى الوضع المدلور يلتزم التزاما
شخصيا مما يخرج هذا الوضع من نطاق النيابة رغم اللبس اللفظى
الذى قد يسبق الى الأذهان ونعنى بهذا الوضع الانابة فى الوفاء .

وقد نظم القانون المدنى المصرى الانابة فى الوفاء فى مواد ثلاث
هى المواد ٣٥٩ ، ٣٦٠ و ٣٦١ و « تتم الانابة (فى الوفاء) اذا حصل
المدين على رضا الدائن بشخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكن
المدين » (مادة ٣٥٩) .

فها نجد أمامنا ثلاثة أطراف : النائب وهو المدين الأصلى ويشته
بالأصيل ، والمناوب ويشته بالنائب ، والمناوب لديه وهو الدائن ويشته
بالغير الذى يتعامل معه النائب .

على أنه ينبغى الاحتراز من الاندفاع فى التشبيه فغير صحيح
أن المناوب هو نائب فى الوفاء عن أصيل فى التصرف هو النائب ، وذلك
لأن الانابة فى الوفاء يترتب عليها نشوء التزام شخصى جديد فى ذمة
المناوب قبل المناوب لديه وهذا واضح من نص المادة ٣٥٩ ذاتها اذ تقرر
أن الشخص الأجنبى (أى المناوب) « يلتزم بوفاء الدين مكان المدين »

(١) استعمل هذا التعبير فون تهر من ٢٨٧ وحاشية ٣٦ وهو يعنى به الآثار التى
تتمسح على الغير بلا توقف على إرادة المتصرف .

« Si quelle que soit la volonté des parties un acte juridique influe sur la
« sphère juridique d'un tiers, il n'y a là aucun rapport de représentation. Dans
« des cas de ce genre on parle des « effets reflexes » de l'acte juridique. Ainsi
« le paiement fait par l'un des rébiteurs solidaires libère les autres... même si
« l'auteur du paiement ne savait pas que son acte aurait cet effet ou ignorait
« cet effet ou ignorait même l'existence d'un codébiteur ». Von Tuhr : op.
cit., p. 287 et note 36.

واذن فللمناب اذ يقوم بالوفاء انما ينفذ التزاما شخصيا عليه فهو ليس
نائبا في ذلك التصرف عن الملتزم الاصيل .

والاياة في الوفاء ان انطوت على تجديد للالتزام بتغيير المدين
وهو ما يسمى بالاياة الكاملة (مادة ٣٦٠/١) يترتب عليها براءة ذمة
المنيب والتزام المناب وحده قبل المناب لديه ، وان كانت الاياة في
الوفاء لا تنطوي على تجديد للالتزام وهو ما يسمى بالاياة الناقصة
كنا امام التزام جديد واقع على عاتق المناب يضاف الى الالتزام القديم
انواقع على المنيب ويكون للمناب لديه أن يطالب أيهما شاء (١) وفي
آلتنا الصورتين يتضح مدى ما بين الاياة في الوفاء وبين النيابة من
بون شاسع اذ أن من خصائص النيابة الجوهرية عدم التزام النائب
بشيء من آثار التصرف الحاصل بطريق النيابة .

١٦٤ مكرر - تناولنا آنفا في البند ١١٨ وما بعده حالات
مسئولية النائب أو المنتحل صفة النائب ، قبل الغير الذي يتعاقد مع
ونطاق تلك المسؤولية وأساسها وأوضحنا ثمة أن تلك المسؤولية هـ
جزاء تجاوز النائب حدود نيابته أو جزاء انتقال صفة النائب حيد
لا اياة وأنها لذلك لا تدخل ضمن آثار النيابة بالمعنى الصحيح ولذلك
نكتفي هنا بالإحالة الى ما قلناه في ذلك الموضع .

(١) انظر السنهوري في الوجيز بند ٥٨٠ - ٥٨٢ . وللإشارة على ١١

٣٥٩ - ٣٦١ (المولد ٤٩٦ - ٤٩٨ من الفروع الخمسين) .

الفصل الثالث

أثر النياية بالنسبة للغير

١٦٥ - لا مجال للاطالة فى بيان أثر النياية بالنسبة للغير
لتعاقد مع النائب فقد تبين جليا مما تقدم لنا من القول أنه بمجرد انعقاد
التعقد الذى يبرمه النائب مع الغير ينسحب النائب من ميدان العلاقة
التعاقدية تاركا الأصل والغير وهما طرفها اللذان ترجع اليهما
وحدهما آثار العقد المبرم بطريق النياية .

فحكم قاعدة النياية يتجلى فى ايجاد رابطة مباشرة بين الأصل
وبين الغير الذى تعاقد معه النائب باسم الأصل فيكتسب هذا
الغير قبل الأصل كافة الحقوق التى تنشأ عن ذلك العقد كما يلتزم
نحو الأصل بكافة الالتزامات التى تنشأ عنه فيرجع على الأصل بماله
ويرجع عليه الأصل بما عليه مباشرة دون مدخل للنائب .

على أن انتفاء الصلة التعاقدية بين الغير وبين النائب لا يمنع فى
بعض الصور رجوع الغير على النائب كنتيجة لخطأ يقع من الأخير
بمناسبة التعاقد ونشأ عنه ضرر للغير ، على أن هذا الرجوع هو من
آثار المسؤولية التقصيرية وليس بحال من آثار العقد الحاصل بطريق

النيابة وعلى ذلك لا ينطوى رجوع الغير على النائب في هذه الصور على ارتباط من النائب بآثار التصرف المبرم باسم الأصيل ولا تعتبر المسؤولية التي قد تقع على النائب قبل الغير أثرا من آثار النيابة وبذلك تخرج تلك المسؤولية عن النطاق الذي التزمناه طوال هذه الدراسة وقد تقدم لنا تفصيل ذلك (١) وفضلا عن حالات ارتكاب النائب لعمل غير مشروع تترتب عليه مسئولية التقصيرية قبل الغير الذي يتعامل معه نجد هناك حالات تجاوز النائب لحدود نيابته وهذا التجاوز - الذي قد لا يصل الى مرتبة الخطأ التقصيري - يؤدي كذلك الى ترتيب آثار معينة فيما بين النائب والغير وقد تقدم لنا تفصيل تلك الآثار وبيان حالاتها وتأصيل أساسها القانوني مما نكتفى معه هنا بمجرد الإحالة الى ما تقدم في هذه المسألة (٢) .

(١) أنظر أيضا جند ١٥٨ وما بعده .

(٢) أنظر أيضا جند ١١٨ وما بعده .

الباب الثالث

في انقضاء النيابة

١٦٦ - يرتبط البحث فى انقضاء النيابة أوتق ارتباط بالعلاقة الداخلية بين النائب والأصيل أى بالعقد الذى صدرت الانابة بمناسبته أو بالاستناد اليه ، وهذا ما جعل المشرع الألماني ينص فى المادة ١٦٨ من قانونه المدنى على أن انقضاء الانابة يتقرر طبقا للعلاقة القانونية التى صدرت الانابة ارتكانا اليها . وهذا أيضا ما حدا بمعظم من كتبوا فى النظرية العامة للنيابة الى اخراج انقضاء النيابة من نطاق أبحاثهم لكون أسباب انقضائها متعددة ومتنوعة بتنوع العلاقات القانونية التى تربط النائب بالأصيل .

على أنه لا بأس - استيفاء للبحث - من أن نستعرض الأسباب العامة لانقضاء النيابة بصرف النظر عما بين الأصيل ونائبه من علاقة داخلية ودون أن تتناول أسباب الانقضاء التى تكون ظاهرة من صيغة الانابة نفسها أو من الظروف المحيطة بها كانهضاء مدتها أو انتهاء العمل المناب فيه أو استحالة القيام بذلك العمل أو تحقق شرط فاسخ علق عليه الأصيل انقضاء الانابة ومثل هذا النوع من أسباب الانقضاء هى التى نصت عليها - فى خصوص الوكالة - المادة ٧١٤ من القانون المدنى المصرى بقولها :

« تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة .. » .

وهذه المادة تقابلها في التقنين المدني السوري المادة ٦٨٠ وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧١٤ وفي التقنين المدني العراقي المادة ٩٤٩ وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٨٠٨ وفي قانون الوكالة السوداني المادة ٣٦ وفي التقنين المدني الجزائري المادة ٥٨٦ وفي مجلة الالتزامات والعقود التونسية الفصل ١١٥٧ وفي القانون المدني الأردني المادة ٨٦٢ .

وفيما عدا هذا النوع من أسباب الانقضاء توجد أسباب أخرى لانقضاء النيابة منها ما يترتب عليه انقضاؤها بحكم القانون تأسيسا على تحقق واقعة متعلقة بشخص الأصل أو متعلقة بشخص النائب ومنها أسباب اختيارية ترجع الى ارادة الأصل أو الى ارادة النائب . واذن فنقسم أسباب انقضاء النيابة الى أسباب انقضاء بحكم القانون والى أسباب اختيارية والنوع الأول ينقسم بدوره الى ما يتعلق بشخص الأصل من وقائع يرتب عليها القانون انقضاء النيابة والى ما يتعلق بشخص النائب من تلك الوقائع ، أما أسباب الانقضاء الاختيارية فمنها كذلك ما يرجع الى الأصل ومنها ما يرجع الى النائب .

الفصل الأول

أسباب انقضاء النيابة بحكم القانون

تجمع أسباب انقضاء النيابة بحكم القانون علة واحدة هي أن العلاقة بين الأصل والنائب تقوم على اعتبار شخصي من شأنه ألا تستمر تلك العلاقة متى طرأت على النائب أو على الأصل واقعة من شأنها المساس بذلك الاعتبار الشخصي المحفوظ فيما يربطهما من علاقة وهذه الأسباب قسمان :

• هذه الأسباب (١) هي الموت وفقد الأهلية والافلاس •

١٦٧ - ١ - موت الأصل :

فالأصل أن موت الأصل ينهى النيابة وهو ما نصت عليه في خصوص الوكالة المادة ٧١٤ من القانون المدني المصري في ختامها • وانقضاء النيابة بموت الأصل ليس حكما آمرا إذ يستطيع الأصل في النيابة الاختيارية (الاتفاقية) أن ينص على استمرار النيابة برغم موته مع حلول ورثته محله واذن فتستمر النيابة في هذه الحالة وتقع آثار تصرفات النائب في تركة الأصل على أن للورثة - كما لكل أصل - أن يضعوا حدا لنيابة نائبهم بمنزله •

(١) أسباب انقضاء النيابة المتعلقة بشخص الأصل •

كذلك فإن الانابة المعطاة لصالح النائب أو لصالح الغير لا تنقضى بموت الأصيل والا لفات الغرض منها كمن ينيب آخر في قبض حق له ووفاء دين عليه للغير من حصيلة ما يقبض أو في استيفاء دين شخصي للنائب من ذلك المال (١) .

هذا وإن الأصل في العقود أن أثرها ينصرف إلى المتعاقدين وإلى الخلف الصام ما لم يبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام ، وهذا هو حكم المادة ١٤٥ من القانون المدني المصري ، فكان القاعدة العامة اذن هي أن آثار العقود لا تقتصر على أشخاص أطرافها بل تجاوزهم إلى من يخلفهم خلافة عامة والاستثناء من هذه القاعدة هو عدم انصراف الأثر إلى الخلف العام في الحالات التي تكون فيها العلاقة التعاقدية شخصية بحتة وهو ما يستخلص من ارادة المتعاقدين - صريحة أو ضمنية - أو من طبيعة العقد أو من نص في القانون . ومن قبيل النص في القانون على ما يخالف تلك القاعدة العامة ما جاء به المادة ٧١٤ من القانون المصري اذ نصت على أن الوكالة تنتهي بموت أحد طرفيها ، ذلك لأن المشرع افترض أن ارادة الطرفين الضمنية اتجهت إلى انقضاء عقد الوكالة - وكذا الانابة المستندة إلى هذا العقد - بوقاة أيهما تأسيسا على أن هذا العقد من العقود التي تراعى فيها شخصية كل متعاقد (٢).

(١) المنهوي : الوسيط ج ٧ - المجلد الأول - ص ٦٥٩ .

(٢) نقض مدني ١٣ فبراير ١٩٦٨ - مجموعة الكتب القني ٢٥٤/٣٨/١٩ وقارن إلى القضاء الفرنسي حكم استئناف باريس ١٢ ديسمبر ١٩٦٧ - دالوز ٢٧٩/١٩٦٨ وقد قضى بأن نص المادة ٢٠٠٣ مدني فرنسي الخلف بالنقض بالوقاة ليس نصا آمرا بل هو مكمل لارادة الطرفين وعلى ذلك فلا انطباق له متى صدرت من الموكل ارادة مخالفة ويمكن استخلاص تلك الارادة المخالفة من موضوع الوكالة ومن الغاية التي تستهدفها ، وتطبيقا لذلك فإن الوكالة الصادرة إلى أحد وكلاء القضاة تستمر إلى حين انتهاء المحسومة التي وكل فيها وله بذلك الصفة - بل عليه - أن يقوم بإعلان الأحكام الصادرة ولو بعد وفاة موكله . والدعوى التي صدر فيها حكم النقض المصري المذكور كانت كذلك =

١٦٨ - وفيما يتعلق بأثر موت الأصيل على قيام النيابة نجد أن هناك اتجاهات ثلاثة تتجلى في تشريعات مختلف الدول :

١ - فثمة تشريعات تغلب مصلحة استقرار المعاملات واستمرارها على كل اعتبار آخر فلا ترتب على موت الأصيل انقضاء النيابة وإنما تنص على استمرارها مع حلول ورثة الأصيل محل مورثهم ومن هذه التشريعات القانون المدني الألماني (م ٦٧٢) وقانون التجارة الألماني (م ٥٢) والقانون المدني الصيني (م ٥٦٤) وقانون العقول الاسكاندينافي (م ٢١) وغيرها .

٢ - وهناك فريق آخر من التشريعات يغلب الاعتبار الشخصي في النيابة وما تقوم عليه من ثقة بين الأصيل والنائب فترتب على واقعة موت الأصيل انقضاء النيابة فوراً ومن هذا الفريق القانون الأنجلو أمريكي (١) والقانون المدني السوفييتي (م ٢٠٠) والقانون المدني النمسواوي (م ١٠٠٢) ومجلة الالتزامات والمقود التونسية (الفصل ١١٥٧) .

٣ - وبعض التشريعات قد اختطت سبيلاً وسطاً بين الاتجاهين المتضادين السابقين فهي مع تقريرها انقضاء النيابة كنتيجة لموت الأصيل

مرددة بين محام وبين ورثة موكله وقد جاء قضاء محكمة النقض المصرية مخالفاً لما قضت به محكمة استئناف باريس على أنه تجدر الإشارة إلى واقعة انطوت عليها تلك الدعوى وهي أن مسلم ورثة الموكل وكلوا عنهم محامين آخرين بعد وفاة مورثهم كما أن أحد الورثة أصدر إلى المحامي نفسه توكيلاً جديداً ، على أنه يبقى أن تعرف إلى أي حد يعتبر توكيل وكيل ثانٍ عزلاً ضمنياً للوكيل الأول متى كان لا تتعارض بين التوكيلين ومتى كانت الواقعة التي يراد استخلاص المزل الفضي منها لم تصل إلى علم الوكيل الأول ؟ هذه إذا مسلماً مع حكم استئناف باريس بأن اتجاه إرادة الأصيل إلى استمرار النيابة بعد موته يصح أن يستنتج من الظروف وبخاصة من موضوع الالابة ومن الغاية التي تستهدفها .

وانظر في نفس معنى حكم النقض المدني للشارح اليه : نفس جرائي ٢٣ أكتوبر ١٩٦٧ - مجموعة للكتب ألفين ٩٦٢/٢٠٢/١٨ .
(٢) متزوجان من ١٦٨ وسبق في ١٠٦ .

تحد من اطلاق هذه النتيجة بتعليق تحققها على علم النائب والغير بهذه الواقعة • ومن هذا القانون المدني المصري (م ١٠٧ و م ٧١٣) والقانون المدني الفرنسي (م ٢٠٠٨ و ٢٠٠٩) والقانون المدني الايطالي (م ١٣٩٦) وقانون الالتزامات السويسري (م ٣٧) وقانون الموجبات والعقود اللبناني (م ٨١٩) والقانون المدني العراقي (م ٩٤٨) •

وهذا الاتجاه الأخير أقرب الاتجاهات الثلاثة الى التوفيق بين مصالح ذوى الشأن جميعا بما فيهم الغير المتعاقدين النائب •

ولامكان القول باستمرار النيابة واتاجها أثرها رغم موت الأصيل يشترط أن يكون النائب والغير مجهلان معا وقت التعاقد انقضاء النيابة أي أن يكون الجهل بالواقعة المنهية للإقامة مشتركا بينهما (١) • وهذه القاعدة لا تقتصر على انقضاء النيابة بموت الأصيل بل تعم سائر أسباب الانقضاء •

وعلة اشتراط الاشتراك في العلم بسبب انقضاء النيابة بين الغير والنائب لامكان القول باستمرار النيابة ظاهرة لأننا بغير ذلك الاشتراك نكون في أحد وضعين :

١ - نائب يجهل انقضاء النيابة يتعامل مع شخص من الغير يعلم ذلك الانقضاء وهنا يكون الغير سيئ النية قطعاً ولا تعرض لنا ضرورة حمايته عن طريق سحب أثر النيابة الى ما بعد تحقق سبب انقضائها •

٢ - نائب يعلم انقضاء النيابة يتعامل مع شخص من الغير يجهل ذلك • وهنا نجدنا أمام حالة من حالات تجاوز النائب حدود نيابته وينبغي أن يترك الحكم فيها للقواعد التي تنظم مسؤولية مثل ذلك النائب قبل

(١) نقل مدني ٣٠ مايو ١٩٦٣ - مجموعة المكتب الفني ٧٥٩/١٠٧/١٤ انظر ص ٧٦٥ - ٧٦٦ حيث تقرر المحكمة أن المادة ١٠٧ لا تنطبق متى كان الوكيل عالماً بانقضاء نيابته وإن ظل الغير المتعامل معه جاهلاً بهذا الانقضاء •

الغير الذين تعامل معهم ولا مبرر لالزام الأصيل الذى عزل نائبه وأبلغه ذلك العزل أو الأصيل الذى فقد أهليته أو وريثة الأصيل المتوفى نتائج تصرف النائب سبىء النية الذى تعامل مع الغير وهو يعلم انقضاء نيابته .

وحكم المادة ١٠٧ من القانون المدنى المصرى - وهى المادة الوحيدة بين المواد العامة فى النيابة التى تعرض لانقضائها - ينطبق على جميع حالات النيابة - اتفاقية كانت أم قانونية - وهو مستحدث فى القانون الحالى الذى تشير مذكرته الايضاحية الى أنه « قد تنقضى النيابة دون أن يعلم النائب بذلك كما اذا كان يجهل موت الأصيل أو الغاء التوكيل . فاذا تعاقد فى هاتين الحالتين مع شخص حسن النية لا يعلم بانقضاء النيابة كان تعاقدته هذا ملزما للأصيل وخلفائه وقد قصد من تقرير هذا الحكم الى توفير ما ينبغى للمعاملات من أسباب الثقة والاستقرار » .

ولم يكن قانوننا المدنى القديم يحوى سوى نص المادة ٥٣٠ وحكمها خاص بالوكالة وقاصر على حالة انقضائها بموت الموكل أو بعزل الوكيل . وللقضاء المصرى تطبيقات عديدة لتلك المادة قبل صدور القانون المدنى الحالى فمن ذلك حكم محكمة استئناف مصر فى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٣ (١) : « الأعمال التى يجرها الوكيل بعد وفاة الموكل بدون أن يعلم بوفاته تكون صحيحة وقانونية . وتصرف الوكيل وهو لا يعلم بوفاته موكله ليس باطلا بطلانا مطلقا بل بطلانا نسبيا فلا يحتج به الا وريثة الموكل وفى وجه من عامل الوكيل بسوء نية » (٢) .

وكذلك حكم محكمة بنى سويف الابتدائية ٩ يناير سنة ١٩٣٦ (٣) « من المجمع عليه قضاء أنه وان كانت الوكالة تنتهى بوفاة

(١) للمحكمة ١٣ - ٣٥٢ - ٣١٥ .

(٢) يلاحظ ماالى استعمال تعبير « البطلان » فى هذا الحكم من عدم الدقة والصواب

« عدم النفاذ » لا « البطلان » .

(٣) للمحكمة ١٦ - ٢٢٦ - ٥٢١ . والمجموعة الرسمية ٢٧ - ٢١٤ .

الموكل الا أن أعمال الوكيل التي قام بها بغير علمه بوفاة الموكل تظل صحيحة » . ولكن هل كان القضاء في ظل القانون القديم يطبق نفس القاعدة في غير حالة الوكالة ؟

قضت محكمة النقض المصرية (١) في دعوى ينطبق عليها القانون المدني القديم بأن حكم المادة ٥٣٠ خاص بالوكالة فلا يسرى على النيابة القانونية بحيث اذا كان المحجور عليه قد توفي قبل صدور قرار المجلس الحسبي باعتماد تصرف القيم فإن التصرف المذكور لا يقوم صحيحا ولو كان الغير المتعاقد مع القيم حسن النية بل ولو كانت الوفاة مجهولة وقت التصرف من جميع ذوى الشأن . وأخذنا بهذا المبدأ نقضت المحكمة حكم الاستئناف الذي كان قد قضى بصحة التصرف قياسا على المادة ٥٣٠ باعتبار أن القوامة نوع من الوكالة يسرى عليه حكم تلك المادة . وعندنا أن حكم النقض المذكور يقوم على التضييق من نطاق المبدأ بشكل لا يتفق وضرورة استقرار المعاملات بينما أن حكم الاستئناف المنقوض كان أكثر تمشيا مع تلك المصلحة وهو الاتجاه الذي أخذ به المشرع في القانون المدني الحالي اذ جاء نص المادة ١٠٧ عاما ينسحب على كافة أنواع النيابة من اتفاقية وقانونية بحكم وروده في صيغة عامة وبين مواد النيابة بوجه عام خلافا لنص المادة ٥٣٠ من القانون القديم التي وردت في الباب الخاص بعقد الوكالة .

ونجد في الشريعة الإسلامية هذه القاعدة عينها في انقضاء النيابة بموت الأصيل وبعض الأقوال في مختلف المذاهب تقدير انقضاء النيابة بما يقيد به القانون المدني من وجوب علم النائب والغير بواقعة موت الأصيل (٢) .

(١) أول مارس ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض المدنية - السنة الثانية - العدد الثاني رقم ٧٣ ص ٣٦٤ وما بعدها .

(٢) المفنى ج ٥ ص ٢٤ وبداية الجهد ج ٢ ص ٢٥١ - والمقدمة الكبرى - ١٠ ص ٧٥ قلت لابن القاسم أرايت لو أن رجلا أمر رجلا أن يشتري له سلعة من =

١٦٩ - وجدير بالذكر أن عبء الإثبات في حالة استمرار النيابة بعد تحقيق سبب انقضاءها انما يقع على عاتق من علق القانون استمرار النيابة في هذه الصور على عدم علمهم بواقعة الانقضاء أى على عاتق النائب أو الغير المتعاقد معه بحسب الأحوال ومؤدى ذلك أن الأصيل أو ورثته ليس عليهم لكى يصلوا الى عدم الالتزام بأثار تصرف النائب الا أن يثبتوا حصول الواقعة المنهية للنيابة دون أن يقع على عاتقهم عبء اثبات علم النائب والغير بها ، وعلى هذين - أو أحدهما - يقع عبء اثبات جملهما بالعزل أو بالموت أو بفقد الأهلية الذى لحق الأصيل .

وفى هذا الصدد تقول محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٧ (١) أن :

« القانون لم يشترط فى خصوص عدم نفاذ التصرفات الصادرة من الوكيل بعد انقضاء الوكالة بالنسبة للموكل وجوب اعلان الغير بانقضاء الوكالة وانما شرط لنفاذ مثل هذه التصرفات على الموكل أن يكون الغير حسن النية أى غير عالم بانقضاء الوكالة ، ويستتبع هذا أنه يجب على الغير أن يتمسك فى هذا الخصوص بحسن نيته أى أنه بحسب الموكل الذى يحتاج بتصرف أجراء الوكيل بعد انقضاء وكالته أن يثبت انقضاء الوكالة وعلى الغير الذى يبنى الاحتجاج بهذا التصرف - ان شاء - التحدى بحسن نيته أمام محكمة الموضوع حتى تستطيع

= السلع - فوات الأمر ثم اشتراها وهو لا يعلم بموت الأمر أو اشتراها ثم مات الأمر .
(قال) ذلك لازم للورثة كلهم فإن اشتراها وهو يعلم بموت الأمر لم يلزم الورثة .
لأن مالكاً مثل عن الرجل يوكل الرجل بجهز له المتاع يبيع له ويشترى فيبيع ويشترى وقد مات صاحب المتاع . (قال) أما ما باع أو اشترى قبل أن يعلم بموت الأمر فذلك جائز على الورثة وأما ما اشترى وباع بعد أن يعلم فلا يجوز ذلك لسانك مثل هذا لأن وكالته قد انقضت » .

(١) المحاماة ٢٨ - ٢٨٩ - ٩٠٨ .

أن ثبت في هذا الدفاع على الوجه اندي رسمه القانون وعلى ذلك فإذا كان التصرف الصادر من الوكيل قد صدر منه بعد انقضاء الوكالة فلا يجوز للغير التحدي لأول مرة أمام محكمة النقض بعدم علمه بهذا الانقضاء متى كان لم يقدم بملف الطعن ما يدل على أنه عندما ووجه أمام محكمة الموضوع بذلك الانقضاء تمسك بعدم علمه به « (١) » .

وقد كان القضاء ميالا أول الأمر الى التشدد مع النائب ومع الغير المتعامل معه في قبول أدلتها على جهلها بالواقعة المنهية للنياحة الا أنه قد لوحظ في المدة الأخيرة — وبصفة خاصة في القضاء الفرنسي — ميل ظاهر نحو التخفيف من عبء اثبات الجهل بالواقعة الموجبة لانقضاء النياحة ومن تلك الأحكام الاحداث عهدا حكم النقض الفرنسي الصادر في ١٦ نوفمبر سنة ١٩٥٤ (٢) واكتفت فيه المحكمة بظرف صعوبة

(١) انظر عكس ذلك : السنهوري : الوسيط ج ٧ - المجلد الأول - ص ٦٥٨ حاشية ٢ حيث يرى أن حكم النقض المشار اليه غير واضح في اللحن الذي تقول به « وبمجرد علم عرفة » شرح القانون للدلي الجديد في التأمين والوكالة «٠٠» إلخ « ص ٣٤٦ : « وإذا تار النزاع حول علم الوكيل أو الغير بالزول أو جهله إياه فإنه يكون على الموكل الذي يدعى براءة ذمته من الالتزامات التي عقدتها الوكيل للزول أن يثبت أن أحدهما كان على بينة من الزول وقت التعاقد وذلك تطبيقا للقواعد العامة التي تقرر انقراض حسن النية دائما ، فكل من يدعى أن خصمه كان من النية أن يقيم الدليل على صحة ما يدعيه » وكذلك ص ٣٥١ : « ولرى أن كل من يدعى علم الوكيل أو الغير بالوفاة «٠٠» لتخلص من الالتزامات للترتبة لصالح الثاني أن يثبت واقعة العلم لأن حسن النية مفروض حتى يثبت العكس » .

ويلاحظ على رأى الأستاذ الدكتور عرفة في حله الخصوصية أن الأمر لا يتعلق بحسن النية أو سوءها في نطاق الرابطة العقدية التي ثبت قيامها ، وإنما يتعلق الأمر بقيام تلك الرابطة العقدية ابتداء أو عدم قيامها ، ولما كان الأصل أن الزول وموت الأسير ولقد أمليته تنهى النياحة فكل من يدعى استمرار النياحة استثناء من ذلك الأصل أن يثبت توفر أسباب الاستثناء وذلك تطبيقا للقاعدة العامة في الإثبات وهي أن عبث يقع على من يدعى خلاف الثابت أصلا «٠٠» هذا ال أن محكمة النقض قد جرت على الرأى الذى أتبناه في لحن كما تقدم .

(٢) ١٠٦. 8616, II, 1954, Juris-classeur périodique مع تعليق بقلم Giverdon وهذا

حكم مشار اليه كذلك في المجلة ربع السنوية ١٩٥٥ ص ٥٢٢ .

المواصلات للقول بمراد عقد الوكيل المعقود بعد وفاة الموكل فى حق ورثة هذا الأخير معتبرة أن ذلك الظرف مقتضاه أن الوكيل اذ تصرف كان يجهل وفاة الموكل وفى واقعة الدعوى التى صدر فيها ذلك الحكم كان الموكل لاجئا الى أمريكا أثناء الحرب العالمية الثانية ، ويعتبر هذا القضاء تطورا نحو التخفيف من عبء اثبات جهل الوكيل بوفاة الموكل خلافا لأحكام النقض الفرنسى القديمة التى كانت تتشدد فى اللقاء عبء اثبات الجهل بالوفاة على كاهل الوكيل الذى تصرف غير عالم باقضاء وكالته (١) .

١٧٠ - ٢ - فقد الاهلية أو نقصها :

يرتب القانون أيضا انقضاء النيابة على فقد الأصل لأهليته وهذا السبب من أسباب الانقضاء يقتصر مجاله بطبيعة الأمور على النيابة الاختيارية (الاتفاقية) لأن النيابة الضرورية (القانونية) المفروض فيها أن الأصل فاقد الأهلية أو ناقصها ولهذا ينص القانون على تعيين نائب له يتولى عنه التصرفات القانونية التى يعجز الأصل عن توليها بنفسه .

ففى النيابة الاختيارية اذا وقع الحجر على الأصل وامتنع عليه بذلك أن يجرى التصرف الذى صدرت عنه الانابة فيه كان طبيعيا أن تنقضى بذلك النيابة وهذا الانقضاء يرجع فى الحقيقة الى استحالة التنفيذ ويقترب من انقضاء الالتزام لهذا السبب عنه (م ٣٧٣ مدنى مصرى) .

ومعظم التشريعات تنص على انقضاء النيابة بفقد الأصل لأهليته فقد كليا ولم يشذ عن قاعدة انقضاء النيابة بفقد أهلية الأصل فقدا كليا الا القانون المدنى الألماني (م ١٧٤) وقانون الالتزامات السويسرى

(١) انظر للجنة ديج السنوية ١٩٥٥ - ٥٢٢ .

(م ٤٦٥) وبعض التشريعات التي تأثرت بهذين التقنينين تأثرا كبيرا
كالقانون المدني الصيني (م ٥٧٤) والقانون المدني الإيراني (م ٤٠٠) .

أما حالة القعد الجزئي للأهلية فالحكم فيها استمرار النيابة في
حدود الأهلية المقيدة للأصيل وهو ما يتفق والحكمة من انقضاء النيابة
يفقد الأهلية إذ ما دام أن الأصيل لا يزال متمتعا بأهلية القيام بتصرفات
معينة فلا محل لانقضاء النيابة بالنسبة لتلك التصرفات بل المصلحة في
استمرارها وتنقضي النيابة فقط بالنسبة للتصرفات التي أصبحت خارجة
عن حدود أهلية الأصيل الجديدة دون سواها .

١٧١ - وفي الشريعة الإسلامية نجد هذا الحكم عينه معللا
بالحكمة نفسها إذ قرأ في المعنى (ج ٥ ص ٢٤٣) : « ومتى خرج
(الموكل) عن كونه من أهل التصرف ... فحكمه حكم الموت . لأنه
لا يملك التصرف فلا يملك غيره من جهته ... وإن حجر على الموكل
وكانت الوكالة في أعيان ماله بطلت لانقطاع تصرفه في أعيان ماله وإن
كانت في الخصومة و الشراء في الذمة أو الطلاق أو الخلع أو القصاص
فالوكالة بحالها لأن الموكل أهل لذلك وله أن يستيب فيه ابتداء
فلا تنقطع الاستدامة » .

١٧٢ - ٣ - افلاس الاصيل :

إذا حكم بإشهار افلاس الأصيل فإن النيابة تنقضي لذلك السبب
إذ أن المفلس لا يملك مباشرة التصرف في أمواله بعد كف يده عنها
فإن لم يستطع التصرف بالاصالة فلا محل للقول بإمكان تصرفه بطريق
النيابة وبذلك تنقضي النيابة ويرجع انقضاؤها على هذه الصورة إلى
فكرة استحالة التنفيذ كما في فقد الأهلة فقدا تاما .

واشتراط العلم بالواقعة التي يترتب عليها انقضاء النيابة يبرى

كذلك على فقد الأهلية واشهار الافلاس ونحيل بهذا الصدد على ما تقدم
لنا بخصوص العلم بموت الأصل تحاشيا للتكرار •

١٧٣ - (ب) أسباب انقضاء النيابة المتعلقة بشخصى النائب:

كما تنقضى النيابة بموت الأصل وانعدام أهليته واشهار افلاسه
كذلك تنقضى اذا عرض للنائب شئ من هذه العوارض •

ويضاف بالنسبة للنائب فى تبرير انقضاء النيابة بفقد الأهلية
والافلاس - فضلا عن استحالة التنفيذ - اعتبار تزعزع الثقة التى
كانت ملحوظة فيما بين الأصل والنائب الاتفاقى وقت أن صدرت اليه
الانابة من الأصل •

غير أنه يصح أن تتساءل : هل طرؤ عارض من عوارض الأهلية
على النائب ينهى النيابة ولو ظل النائب بعد طرؤ ذلك العارض متمتعا
بأهلية التمييز وبالتالي صالحا لأن يكون نائبا طبقا للقاعدة المقررة فى
هذا الشأن ؟ من المستطاع تبرير الاجابة على هذا السؤال بالاجاب
على أساس تزعزع الثقة التى كانت باعثة للأصيل على انابة النائب
اذ لا يستوى انابة شخص ناقص الأهلية ابتداء واستمرار نيابة شخص
كان كامل الأهلية ثم طرأ عليه النقص فيها وذلك لاحتمال أن الأصل
ما كان يقدم على انابته لو كان ناقص الأهلية من أول الأمر •

وبخصوص اشهار افلاس النائب يلاحظ أن الافلاس لا يعدم
أهلية المفسل اذ يظل متمتعا بأكثر من القدر الأدنى من الأهلية اللازم
لنائب (١) ومع ذلك فالأولى اعتبار انيابة فى هذه الحالة منقضية
تأسيسا على زوال ثقة الأصل بالنائب المفسل • هذا وليس ثمة ما يمنع
الأصيل اذا أراد الاحتفاظ بنائبه رغم افلاسه أن يصدر له انابة جديدة •

(١) قانن حكم الشريعة الإسلامية بهذا الخصوص فى « المبنى » ج ٥ ص ٢٤٣

« واذا حيز على الوكيل المفسل فالوكالة بحالها لأنه لم يخرج عن كونه أهلا للتصرف » •

الفصل الثانى

الاسباب الاختيارية لانقضاء النيابة

١٧٤ - انقضاء النيابة بإرادة الأصيل أو النائب :

علم لنا مما تقدم أن النيابة الاتفاقية تستند الى ارادة الأصيل المتمثلة فى الانابة ولما كان الأصيل هو الذى يسبغ بإرادته على النائب صفة النيابة عنه كان طبيعيا أن يكون للأصيل متى شاء أن يغير تلك الارادة فينفي عن النائب تلك الصفة وذلك عن طريق عزل النائب •

كما أن النائب بدوره وان كان مسلطا على ذمة الأصيل بإرادة هذا الأخير وكان بالتالى ذا صفة فى الزام الأصيل آثار التصرفات التى يبرمها باسمه الا أنه غير ملتزم باستعمال هذه السلطة ولا بالاستمرار فى حمل تلك الصفة فيستطيع النائب اذن أن يتنحى عن ذلك بإرادته فيعزل نفسه ان شاء أن يعزل •

وهذه القاعدة مترتبة على خصائص نظام النيابة ذاتها فهى نتيجة طبيعية لها ولذا نجدتها فى تشريعات كافة للبلاد •

(١) العزل :

تنص المادة ١٧١٥/١ من القانون المدنى المصرى فى باب الوكالة

على أنه « يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة أو يقيدھا
ولو وجد اتفاق يخالف ذلك » •

واقضاء النيابة بالعزل شأنه شأن سائر أسباب الانقضاء فى
انطباق عموم نص المادة ١٠٧ من القانون المدنى المصرى واذن فان أثر
العزل يتخلف فى الحالة التى يثبت فيها جهل المتعاقدين (النائب والغير)
بعزل النائب ، كما أن الفقرة الثانية من المادة ٧١٥ تتضمن بدورها قيودا
على حق الأصل فى عزل النائب الاتفاقى ويمكن رد هذه الاستثناءات
بنوعیھا الى اعتبارین :

• (الأول) حماية الغير حسنى النية (م ١٠٧) •

(والثانى) مراعاة حق النائب أو الغير اذا كانت الانابة صادرة

لصالحهم (م ٢/٧١٥) •

١٧٥ - بخصوص حماية الغير نجد أن القاعدة التى تقضى بتخلف
أثر العزل متى كاذ لم يصل الى علم الغير والنائب معا معروفة فى
تشريعات مختلف البلاد اذ نجدھا فى القانون المصرى فى المادة ١٠٧
التي يعم حكمھا جميع أسباب انقضاء الانابة بما فيها العزل ونجدھا
كذلك فى قانون الالتزامات السورى (م ٣/٣٤) كما نجدھا فى
القانون المدنى الفرنسى (م ٢٠٠٥) والقانون المدنى السوفييتى (م ٢٧١)
وكذا قوانين البلاد التى تبنت تقنين نابليون كما اعتمدت هذه القاعدة
لجنة تنقيح القانون المدنى الفرنسى فى المادة ٢٦ من مشروع اللجنة
الفرعية للتصرفات القانونية الذى أقرته اللجنة العامة فى سنة ١٩٤٨
ونصھا « لا يجوز للأصل أن يحتج بتقيد أو سحب أو انقضاء مكنة
النائب قبل من كان يجهل ذلك فى الوقت الذى اكتسب فيه حقوقا
بواسطة النائب » •

غير أن هناك حالات يمكن فيها القول بأن العزل وتقيد الانابة

يتحاج أنارهما بلا توقف على علم الغير ومن ذلك الحالات الثلاث الآتية :

١ - اذا كانت الانابة قد ثبتت بوثيقة صادرة من الأصيل الى النائب وتم سحبها منه أو الغاؤها بالاجراءات المقررة في قانون البلد الذي يباشر فيه النائب نشاطه .

٢ - اذا كانت الانابة ناشئة عن وضع يشغله النائب وانتهى شغله لذلك الوضع .

٣ - اذا كانت الانابة مسجلة أو منشورة في الصحف وتم الغاؤها بالطريقة عينها (١) .

والاعتبار الذي يجمع هذه الاستثناءات الثلاثة هو أن الأصيل وقد أنهى النيابة بذات الأسلوب الذي كان قد أوصلها به الى علم الغير يكون قد فعل كل ما في وسعه لاعلام الغير بانقضاء الانابة ولا يبقى ثمة داع لتعليق تحقق آثار العزل على ثبوت علم الغير بحصوله .

١٧٦ - ووجب علم الغير بعزل النائب لامكان تحقق آثاره مقرر كذلك في الشريعة الفراء اذ يقول شمس الأئمة في « المبسوط » (ج ١٩ ص ٦٩) « وان كان رب الدين وكله بمحضر من المطلوب (أى المدين) يبرأ بالدفع حتى ياتيه الخبر أنه قد أخرجه من الوكالة لأن توكيله اياه بمحضر من المطلوب أمر له بالدفع اليه ثم الاخراج فهي له عن ذلك فبعد ما علم بالأمر لا يثبت حكم النهى في حقه ما لم يعلم به » .

ومثله ما نجده في «رد المحتار على الدر المختار » (ج ٤ ص

٤٣٤) :

(١) انظر للمادة ٢١ من المرسوم التمهيدى الأول للمهد الدول لتوحيد القانون الخاص . وقارن للمادتين ٣٤ و ٣٥ من المرسوم الأخير للمعهد الصادر سنة ١٩٧١ .

« وكله يقبض الدين ملك عزله ان يغير حضرة السيدون وأن
وكله بحضرته لا (يملك عزله) لتعلق حقه به كما مر الا اذا علم به
(بالزل) المديون فيحنثذ ينزل ثم فرع عليه بقوله فلو دفع دينه اليه
أى الوكيل قبل علمه أن المديون بعزله يبرأ وبعده لا لدفعه الى غير
وكيل » .

وفى « المغنى » (ج ٥ ص ٢٤٢) « والرواية الثانية عن أحمد
لا ينزل قبل علمه بموت الموكل وعزله . لأنه لو انزل قبل علمه كان
فيه ضرر لأنه قد يتصرف تصرفات فتقع باطللة وربما باع التجارية فيطوؤها
المشتري أو الطعام فيأكله أو غير ذلك فيتصرف فيه المشتري ويجب
ضمانه ويتضرر المشتري والوكيل » .

وواضح أن الحكمة التى دعت الى تقرير هذا الحكم فى الشريعة
هى نفسها الحكمة التى صدرت عنها القاعدة فى القوانين الحديثة وهى
حماية الغير حسنى النية ممن تعاملوا مع النائب غير عاقلين بعزله .

١٧٧ - أما عن تعلق حق النائب أو الغير بالانابة فان الانابة
قد تكون صادرة لا فى مصلحة الأصل وحده وانما كذلك فى مصلحة
النائب كأن ينيب المدين دائنه فى ادارة أملاكه وخصم ربهما من دينه
أو فى مصلحة الغير كأن يتضمن عقد بيع ابتدائى انابة من البائع الذى
يزعم التفتيب فى سفر طويل الى شخص ثالث فى توقيع العقد النهائى
فهذه الانابة تعتبر صادرة فى مصلحة المشتري وقد تكون الانابة فى
مصلحة الغير والنائب معا كمن يوكل شخصا فى بيع بعض أمواله على
أن يستوفى من الثمن ديناً له ويوفى بالباقي ديناً على البائع للغير وفى
أمثال هذه الحالات يستحسن تقيد حق الأصل فى انهاء الانابة بعزل
النائب وهذا ما تناوله المادة ٢١٥/٢ من القانون المدنى المصرى ونصها:
« على أن اذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح

أجنبي فلا يجوز للموكل أن ينهى الوكالة أو يقيدها دون رضا من صدرت الوكالة لصالحه » •

١٧٨ - ونجد القاعدة عينها - شاملة العزل وغيره من أسباب الانقضاء - في الشريعة الإسلامية إذ يقول صاحب « رد المحتار على اندر المختار » :

« واعلم أن الوكالة إذا كانت لازمة لا تبطل بهذه العوارض فلذا قال الا الوكالة اللازمة إذا وكل الراهن العدل أو المرتحن ببيع الرهن عند حلول الأجل فلا ينزل بالعزل ولا بموت الموكل وجنونه • قلت ونلاحظ كما في البحر أن الوكالة ببيع الرهن لا تبطل بالعزل حقيقيا أو حكما ولا بالخروج عن الأهلية يجنون وردة » (١) •

١٧٩ - والأصل في الشريعة الإسلامية - كما في القوانين الحديثة - أن للأصيل دائما الحق في عزل نائبه في أي وقت يشاء ولذا قالوا - في خصوص الوكالة - انها « من العقود الجائزة غير اللازمة حتى ملك كل من الموكل والوكيل العزل بلا رضا الآخر » (٢) •

غير أن بعض فقهاء الشريعة أثاروا مسألة « الوكالة الدورية » وصورتها أن يقول الموكل للوكيل : « كلما عزلتك فأنت وكيلى » وبذلك تتجدد للوكيل عقب كل عزل وكالة جديدة ، وذهب هؤلاء الفقهاء الى أن هذه الوكالة الدورية من شأنها جعل الوكيل بمنزلة من العزل لأنه كلما عزل تحقق شرط وكالة جديدة وهكذا يمكن التقلب

(١) حاشية ابن عابدين ج ٤ - ص ٤٣٥

(٢) شرح فتح القدير ج ٦ ص ١٠٢ • وانظر حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٤٣٣ حيث يقول « الوكالة من العقود التي اللازمة » للموكل العزل متى شاء بما لم يملك به حق التبر » •

على عدم لزوم الوكالة ويحرم الأصل من حقه في العزل ، وقد سائر هؤلاء الفقهاء في هذا النظر بعض الشراح المحدثين (١) .

والواقع أن ما قيل من أن هذه « الوكالة الدورية » من شأنها امتناع عزل الوكيل غير صحيح وفي هذا يقول صاحب « شرح فتح التقدير » (٢) :

« رد المحققون قول بعض المشايخ فيما لو قال كلما عزلتك فأنت وكيلى لا يملك عزله . فانه يستلزم كون الوكالة من العقود اللازمة لا الجائزة فالحق إمكان عزله ثم اختلفوا في تحقيق لفظ العزل فقول أن قول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف الى المعلق والمنجز ، وقيل لا يصح لأن العزل فرع قيام الوكالة وذلك انما يتحقق في المنجز لأن المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط فالصحيح أن يقول عزلتك عن الوكالة المنفذة ورجعت عن الوكالة المعلقة والرجوع عنها صحيح » .

كما نقرأ بالمعنى نفسه في حاشية ابن عابدين قوله :

« قالوا لو قال الموكل للوكيل كلما عزلتك فأنت وكيلى لا يملك عزله لأنه كلما عزله تجددت الوكالة له ... ولكن الصحيح اذا أراد

(١) انظر مصطفى رشيد بلجساي « النيابة في التصرفات القانونية » استانبول سنة ١٩٤١ (بالتركية) - ص ٩٦ - ٩٧ : « في القانون (التركي) القديم لم يكن ثمة ما يمنع من صدور وكالة ثانية معلقة على شرط عزل الوكيل من وكالة الأول وعنده نتيجة لقاعدة جواز تعليق الوكالة على الشرط ، وفي هذه الحالة اذا عزل الموكل وكيله فان الوكالة الثانية المعلقة على شرط العزل تتحقق ويكون للوكيل بمقتضاها ان يملك التصرفات القانونية باسم الموكل وكانت الوكالة التي تصدر بهذه الصورة تسمى الوكالة الدورية » .

ونظير شحاتة : « النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية » بنه ١٨١ ص ١٥٦ - ١٥٧ حيث يبعد المقود غير اللازمة اولها الوكالة ، ثم يردف : « على أن الفقه السمل قد عالج عدم لزوم الوكالة عن طريق ما يعرف باسم الوكالة الدورية » . (٢) ج ٦ ص ١٠٢ .

عزله وأراد أن لا تتمتع الوكالة بعد العزل أن يقول رجعت عن المعلقة وعزلتك عن المنجزة لأن ما لا يكون لازما يصح الرجوع عنه والوكالة منه « (١) » .

١٨٠ - وكما تكون الانابة قسمها صريحة أو ضمنية كذلك يصح أن يكون العزل صريحا أو ضمنيا ولا يقيد من اطلاق هذه القاعدة في العمل الا وجوب وصول العزل الى علم النائب وعلم الغير كما تقتضيه المادة ١٠٧ من القانون المدني المصري والنصوص المقابلة لها في التقنينات الأخرى اذ قد تنور في حالة العزل الضمنى صعوبات عملية في اثبات علم النائب والغير التعامل معه بذلك العزل الضمنى .

هذا وان صدور الانابة صريحة لا يقتضى وجوب كون العزل صريحا اذ لا ارتباط بين شكل الانابة وشكل العزل وهذا ما قرره محكمة استئناف مصر في حكمها الصادر فى ٢٦ أكتوبر ١٩٤١ (٢) الذى تقول فيه المحكمة :

« حصول التوكيل بالكتابة لا يمنع العزل بغير الكتابة إذا حصل هذا العزل بوقائع مادية لاشك فيها لأن الوقائع المادية يجوز اثباتها بالشهود والقرائن » .

واستخلاص العزل الضمني من الوقائع هو من اتصالات قضائية الموضوع يستهدفون فيه بطرؤف كل حالة على حدة فلا يمكن وضع قاعدة عامة بصده ولا أدل على ذلك من اختلاف الأحكام القضائية باختلاف وقائع القضايا التي صدرت فيها فحكم محكمة استئناف مصر سالف الذكر قرر أنه :

« إذا ثبت قطعا من شهادة شهود الطرفين أن الموكل الذي وكل

(3) ج 4 خامش ص 233 •

• ۴۴۰ - ۱۴۶ - ۲۲ آبلال (۴)

وكيلا لإدارة أطيافه جاء بعد سنة أو سنتين وأدار أطيافه وأجرها بنفسه
وحصل أجرتها بنفسه يعتبر هذا عزلا ضمنا » •

بينما تقرر محكمة استئناف مصر نفسها في حكمها الصادر في ٢٤
نوفمبر سنة ١٩٤٠ (١) :

« أنه وإن كان عزل الموكل للوكيل يصح أن يحصل ضمنا إلا أنه
يجب أن يثبت ذلك قطعا ولا يصح استنتاجه من ظروف لا تدل عليه
حتما • وليس هناك ما يمنع الموكل من أن يأخذ مباشرة ممن استأجر
من وكيله الأجرة المستحقة عليه كلها أو بعضها مع بقاء الوكالة قائمة
إذا لا يمكن اعتبار ذلك عزلا كليا أو جزئيا للوكيل » •

ومن أحكام القضاء الفرنسي ما قضى بأن التوكيل الصادر في
بيع عدة أموال مملوكة للموكل والمتضمن شرط عدم عزل الوكيل
(لوجود مصلحة لهذا الأخير في الوكالة) ليس من شأنه منع الموكل من
التصرف في تلك الأموال بصفته مالكا لها ، (٢) ومعنى ذلك أنه ليست
في تصرف الموكل شخصا مخالفة لشرط عدم العزل وما ذلك إلا لأن مثل
هذا التصرف لا يستتج منه حتما العزل الضمني للوكيل في جميع
الحالات •

والواقع أنه بصدد اعتبار تصرف الأصيل شخصا قبل أن يتصرف
النائب عزلا ضمنا لهذا الأخير تنبغي التفرقة بين الانابة الممتدة في الزمان
— مثل الانابة في إدارة أموال الأصيل أو الانابة في البيع والشراء على
سبيل التجارة — وبين الانابة الخاصة المحددة التي لا تنصب إلا على
تصرف واحد معين بالذات •

(١) للحمات ٢١ - ٢٥٧ - ٥٧٢ ، والمجموعة الرسمية ٤١ - ٢١٣ - ٥٥٢ •

(٢) نفس نفس ١٦ يونيو ١٩٧٠ - دأور ١٩٧١/٢٣١ مع تعليق بقلم
جان - لوك أوبير •

ففى حالة الانابة التى ينسحب أثرها على فترة زمنية تتكرر خلالها تصرفات النائب يصح القول بأن قيام الأصل بنفسه تصرف أو أكثر لا يخلص منه حتما العزل الضمنى للنائب وتكون مسألة حصول العزل الضمنى أو عدم حصوله متروكة لظروف كل حالة على حدها على أساس ما يستنتج من تلك الظروف من اتجاه ارادة الأصل الى عزل للنائب أو عدم اتجاهها الى العزل ، ويرجع ذلك الى كون الانابة الاختيارية لا تستتبع تقييد حق الأصل فى التصرف بنفسه من جهة والى كون دلالة مثل ذلك التصرف على وجود ارادة العزل الضمنى لدى الأصل ليست حتمية من جهة أخرى •

أما الانابة المقصورة على تصرف ولحد معين - كالانابة فى بيع عقار أو منقول محدد بالذات - فهذه تعتبر منقضية بالعزل الضمنى متى تصرف الأصل نفسه قبل أن يتصرف النائب وتلك نتيجة طبيعية لاستنفاد الفرض المقصود من الانابة قبل أن يباشر بمقتضاها النائب أى تصرف ولأن المحل الواحد لا يقبل تصرفين أحدهما من الأصل والآخر من نائبه •

على أنه فى جميع الحالات تبقى مسألة علم النائب والغير المتعاقد معه بحصول العزل الضمنى على هذه الصورة ، وقد يتخلف أثر العزل الضمنى فى حالة بيع النائب - فى مثالنا - الشئ المنوط به بعه دون أن يعلم هو ولا المشتري منه بسبق تصرف الأصل بنفسه فى ذلك الشئ. وفى هذه الحالة تكون المفاضلة بين المشتري من الأصل والمشتري من النائب - مع تساويهما فى حسن النية - بأسبقية وضع اليد على المبيع، هذا بالطبع مع مراعاة قواعد الشهر فى البيوع العقارية •

١٨١ - هذا كله فى النيابة الاختيارية (الاتفاقية) أما النيابة الضرورية (القانونية) فبديهى ألا يكون الأمر فيها كذلك بالنسبة

للعزل ، ذلك لأن الأصل في حالات النيابة الضرورية معدوم الإرادة أو ناقصها والقانون هو الذى ينص على أن يكون له نائب يباشر نيابة عنها التصرفات التى يعجز الأصل بحكم نقص أهليته عن مباشرتها ونسحق هذا النائب قد يكون بنص القانون (كما فى ولاية الأب أو الجد) وقد يكون بحكم من القضاء استنادا الى نص القانون (كلوصى والقيم) وعزله عن النيابة يكون فى الحالى بحكم من القضاء فى الأحوال التى ينص عليها القانون وللأسباب التى يحددها وبالإجراءات التى يرسنها أما الأصل نفسه فمن الطبيعى ألا يكون له الحق فى عزل النائب القانونى إذ أن الاعتبار التى أدت الى تعيين نائب له من شأنها ألا يترك عزل ذلك النائب الى إرادة الأصل وهى إرادة مفقودة أو غير مكتملة .

١٨٢ - (ب) نزول النائب عن الانابة :

كما يستطيع الأصل إنهاء النيابة الاختيارية بإرادته المنفردة يستطيع النائب كذلك بإرادته المنفردة وضع حد لنيابته الاختيارية وقد نص القانون المدنى المصرى على ذلك فى خصوص الوكالة فى المادة ٧١٦ منه التى تقر حق الوكيل فى النزول عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك . واذن فحق النائب الاختيارى فى النزول عن النيابة لا يمكن التنازل عنه كقاعدة عامة ولهذه القاعدة استثناءات تتعلق بالعلاقة الداخلية بين الوكيل والموكل لا بالنظرية العامة للنيابة ومحلها لذلك هو فى بحث أحكام عقد الوكالة (١) .

واعترال النائب ينتج أثره فور اتصاله بعلم الأصل (م ٧١٦ « ... ويتم التنازل باعلانه للموكل ... ») بلا توقف على ثبوت علم الغير به وهذه الحالة - حالة نزول النائب عن الانابة - تخرج لذلك

(١) انظر السنهورى : الوسيط ج ٧ - للمجلد الأول - ص ٦٧١ .

من مجال تطبيق المادة ١٠٧ من القانون المدنى المصرى اذ أن تلك المادة تشترط لاستمرار النيابة رغم تحقق سبب انقضاءها أن يشترك النائب والغير المتعاقد معه فى عدم العلم بانقضاءها ، وفى صورة نزول النائب عن الانابة لا يمكن القول بأنه يجهل انقضاء الانابة لأنه هو الذى أنماها بأرادته المنفردة وليس من المتوقع عملا فى هذه الصورة أن يستمر النائب فى التعامل مع الغير باسم الأصيل بعد نزوله عن الانابة غير أنه ان حدث ذلك فلا يخرج الأمر عن أحد احتمالين : -

١ - أن يوجد مظهر من خلق الأصيل أو تمكن نسبته اليه - مثل ترك سند الانابة بيد النائب رغم تنحيه - يجعل فى الامكان اعمال مبدأ النيابة الظاهرة وفى هذه الحالة يعتبر التصرف الذى تولاه النائب المنتحى باسم الأصيل نافذا فى حق الأخير حماية للغير حسن انية (١) .

٢ - ألا يوجد مثل ذلك المظهر فتبقى الانابة الظاهرة وتكون أمام حالة شخص يتصرف بوصفه نائباً دون أن تكون له هذه الصفة فلا ينفذ تصرفه فى حق الأصيل وتحكم العلاقة بينه وبين من تعاقد معه أحكام المسؤولية التى أوضحتها فى مكانها من هذا الكتاب (٢) . هذا وإن انتهاء النائب لنيابته بأرادته المنفردة لا يغييه بطبيعة الحال من الالتزام الذى نصت عليه فى خصوص الوكالة المادة ١٧٧/١ من القانون المدنى المصرى (٣) وهو الوصول بالعمل الى حالة ينتفى معها الضرر على الأصيل بل ان التزام النائب بذلك فى حالة الانقضاء

(١) انظر ما تقدم عن النيابة الظاهرة آنفا بند ١٢٢ وما بعده .

(٢) انظر آنفا بند ١١٨ وما بعده .

(٣) ونصها « على أى وجه كان انتهاء الوكالة يجب على الوكيل ان يصل بالأصل الذى بدأها الى حالة لا تتعرض معها للتلف » . وقانون ما ورد فى « نهاية المحتاج » (٤ ع ٣٦) « لو علم الوكيل أنه لو عزل نفسه فى شية موكله استعمل على المال جائر حرم عليه العزل الى حضور موكله أو أمينه على المال »

الراجع الى ارادة النائب المنفردة هو من باب أولى وأحرى لأن حالات الانقضاء التى ترجع الى موت الأصيل أو فقد أهليته أو اشتهار افلاسه أو الى عزل النائب أى الى أمور لا يد فيها للنائب يلتزم فيها النائب مع ذلك بالوصول بالعمل الى حال ينتهى معها الضرر فكان التزامه بذلك فى حالة اختياره انهاء النيابة بإرادته أكثر تمشياً مع علة الحكم ولهذا نصت المادة ٧١٧ على هذا الالتزام « على أى وجه كان انتهاء الوكالة » •

١٨٣ - ونزول النائب عن الاقابة كسبب من أسباب انقضاء النيابة مجاله النيابة الانتفائية (الاختيارية) دون النيابة القانونية (الضرورية) ففى النيابة القانونية يكون النائب معهودا اليه بمهمة تتعلق بحماية ناقصى الأهلية أو بغير ذلك من الاعتبارات المتعلقة بالنظام العام ولهذا كان من الطبيعى ألا يملك النائب القانونى عزل نفسه وإنما كل ماله اذا أراد التنجى عن مهمته أن يرفع الأمر الى جهة القضاء التى عينته طالبا اليها اعفاءه من مهمته للأسباب التى يديها ولا يعزل النائب القانونى ولا تنقضى نيابته الا بقرار يصدر من جهة القضاء قبولها تنحيه وبتمعين من يخلفه وذلك كله بالتطبيق للأحكام وطبقاً للإجراءات المقررة فى شأن مختلف نظم حماية ناقصى الأهلية أو غير ذلك من تطبيقات النيابة الضرورية •

الباب الرابع

في تنازع القوانين في النيابة

١٨٤ - قديما كانت الاقليمية المطلقة هي المعيار الذى كان
المشرع فى مختلف البلاد يعتنقه بالنسبة الى تحديد سلطان القانون
الوطنى فى المكان فلم تكن محاكم الدولة تطبق غير قانون الدولة وكان
ذلك القانون هو الذى يحكم كافة العلاقات القانونية التى يرفع أمرها
الى قضاء الدولة . ولعل هذه النظرة كان لها ما يبررها فى الماضى
حين كان نشاط الأفراد لا يجاوز حدود بلادهم ولم يكن لغير رعايا
الدولة سبيل الى التعامل على وجه ذى بال فيها أو مع رعاياها ، على أن
تتسع نطاق التجارة الدولية منذ القرون الوسطى أوجد الشعور
بأن العلاقات القانونية ليست كلها من نوع واحد بالنظر الى وجوب
خضوعها لقانون الدولة وأن تمت علاقات لا تصطبغ بالصبغة الوطنية
البحتة التى تجعل انطباق القانون الوطنى عليها أمرا بديها لا مجال
للتشكك فيه وأن هذه العلاقات القانونية « ذات العنصر الأجنبى »
تتنازع أمرها فى الحقيقة قوانين أكثر من دولة واحدة ويصح خضوعها
لقانون غير القانون الوطنى .

وفى العصر الحديث زادت سهولة المواصلات وتشابك علاقات

الأفراد عبر الحدود الوطنية من هذا الطابع الدولي لكثير من العلاقات القانونية فوجدنا المشرع في بعض الدول أو أحكام القضاء واجتهادات الفقهاء في بعض الدول الأخرى ينشئ إلى جوار القواعد الموضوعية التي تحكم العلاقات القانونية الوطنية قواعد أخرى يسترشد بها في تحديد القانون الواجب تطبيقه على علاقة ذات عنصر أجنبي يعتبرها النظام القانوني الوطني غريبة في الواقع عن مجال العلاقات الوطنية المحضة التي سنت قواعده لتنظيمها ، واعتبار تلك العلاقات غريبة عن مجال العلاقات الوطنية وغير محتمة الخضوع للقانون الوطني يرجع إلى كون أحد عناصر العلاقة أجنبيا عن الدول كأن يكون أطراف العلاقة أو بعضهم منتسبا بجنسيته إلى دولة أخرى أو أن يكون محل العلاقة كائنا على إقليم غير إقليم الدولة أو أن تكون الواقعة التي ربطت بين أطراف العلاقة حدثت خارج الدولة كأن يقع الفعل الضار أو أن يرم العقد مثلا في إقليم دولة أجنبية .

وهذه القواعد التي تشير إلى القانون الموضوعي المنطبق على علاقة ذات عنصر أجنبي هي قواعد تنازع القوانين من حيث المكان أو قواعد الإسناد وهي تسند العلاقة القانونية المطروحة إلى قانون معين من القوانين التي يبدو أنها تتنازع فيما بينها حكم العلاقة لارتباط كل منها بعنصر معين من عناصرها .

١٨٥ - والنيابة بالذات من العلاقات القانونية التي يبرز فيها الطابع الدولي لعلاقات القانون الخاص في العصر الحديث لا بسبب الزيادة الكبيرة في التبادل التجاري عبر الدول فحسب وإنما لأن النيابة من شأنها تمكين الطرف المقيم في دولة معينة من التعاقد مع طرف آخر مقيم في دولة أجنبية دون أن يتكبد مشقة الانتقال إليه والالتقاء به على صعيد واحد ، ولئن كان اتساع نطاق الاتصالات البريدية والسلكية واللاسلكية قد مكن من التعاقد مع من هم وراء الحدود

الموطنية تعاقدًا مباشرًا لا بطريق النيابة فإن طبيعة المعاملات التجارية الحديثة تجعل الالتجاء إلى النيابة مع ذلك أمراً ذاتاً الانتشار وذلك لما يحققه الحضور في المكان الذي يجري فيه التعامل من مزايا لا تخفى ، لهذا انتشر التعامل بطريق النيابة رغم إمكان التعاقد المباشر بل أن التجارة الدولية الحديثة تعرف ظاهرة التمثيل الدائم لتاجر أو لشركة في إقليم دولة أخرى يكثر معها تعاملها فضلاً عن حالات إفاد نواب لفرض مخصوص أو اذبة أشخاص مقيمين في الدولة الأخرى من إبرام عقود معينة ، وليس الأمر في ذلك كله قاصراً على المعاملات التجارية بل أن أفراد الناس في معاملاتهم المدنية البحتة لم يعودوا قاصين في أوطانهم لا يتعدون حدودها فاصطبغ الكثير من المعاملات المدنية أيضاً في عصرنا هذا بالصيغة الدولية ومن هذه المعاملات أيضاً ما يتم فيما بين إقليم دولة وإقليم دولة أخرى بطريق النيابة .

وهذه العلاقات التي تنشأ بطريق النيابة وتتجاوز إقليم دولة واحدة تثار بصدد مسألة تنازع قوانين إذ يتعين إخضاع العلاقة لقانون إحدى الدول التي تتوزع بينها عناصر العلاقة والاختيار هذا القانون الذي تسرى أحكامه على العلاقة ذات العنصر الأجنبي الناشئة بطريق انثيابة هو ما خصصنا له هذا الباب .

١٨٦ - وتجاوز العلاقة القانونية التي تتم بطريق النيابة لإقليم دولة واحدة يحدث كلما اختلف موطن الأصيل عن موطن الغير الذي يتعامل معه النائب ويتخذ ذلك في العمل إحدى صور ثلاث :

١ - أن يباشر النائب نشاطه لحساب الأصيل في الدولة التي بها موطن الغير الذي يتعاقد معه النائب وهي غير الدولة التي بها الموطن المادى للأصيل وفي هذه الصورة تكون أمام تعاقد بين حاضرين .

٢ - أن يباشر النائب نشاطه في الدولة التي بها الموطن العادى

للأصيل متعاقدًا مع شخص من الغير متوطن في دولة أخرى وهذه الصورة تتسع لاحتمالين :

(أ) أن يكون التعاقد بين غائبين إذا تم بالمراسلة •

(ب) أو أن يكون بين حاضرين إذا تم أثناء مرور الغير بالدولة التي بها موطن الأصيل •

٣ - أن يباشر النائب نشاطه في دولة ثالثة - ليست دولة موطن الأصيل ولا دولة موطن النائب - وهذه الصورة أيضا كسابقتها محتمل وضمن من حيث حصول التعاقد بين غائبين أو حاضرين •

هذا كله إذا كانت النيابة قاصرة على أحد طرفي العلاقة التعاقدية أما إذا تم التعاقد بطريق النيابة عن الطرفين كليهما فهناك صورة رابعة هي أن يباشر النائبان نشاطهما في دولة واحدة ليست هي دولة موطن أى من الطرفين ويكون التعاقد في هذه الصورة بين حاضرين •

ويبين من العرض المتقدم أن صور اصطباغ التصرف الذي يتولاه النائب بالصبغة الدولية لا تقتصر على حالة التعاقد في دولة غير الدولة التي يقع بها موطن الأصيل أو على حالة التعاقد في موطن الغير متى اختلف هو والأصيل موطنًا وهما العالتان اللتان يبدو أنهما اهدرتا بإهتمام الباحثين في تنازع القوانين في النيابة (١) فالنائب قد يباشر

(١) قانون لسنة ٢٥ من المذروع التمهيدى الأول لمعهد توحيد القانون الخاص وهي لا تذكر إلا التصرفات التي يجريها النائب في دولة غير تلك التي يوجد بها الموطن المادى للأصيل • وانظر ريجو ص ٢٠٢ - ٢٠٣ حيث لا يستد الآ بصورة تعاقد النائب في بلد غير التي بها موطن الأصيل • ويجدير بالملاحظة أن المذروع التمهيدى المعدل لمعهد توحيد القانون الخاص (١٩٧١) يجل ، في مادته الأولى ، المبرة باختلاف التين من أطراف العلاقة الثلاثة موطنًا وهو وضع يتسع لأكثر من التصرفات التي يجريها النائب في دولة غير تلك التي يوجد بها موطن الأصيل إذ يشمل - مثلا - الصورة المشار إليها تمت رقم ٢ في البند ١٨٦ من لفتن •

نشاطه في الدولة التي بها موطن الأصل ويصطنع تصرفه مع ذلك بالصيغة الدولية كما رأينا وقد يباشر النائب نشاطه في دولة ثالثة ليست هي دولة موطن أى من طرفي العقد وقواعد التنازع يجب أن تسمح لهذه الصور كلها وأن تكون صياغتها مما يسمح بتطبيقها على كل حالة تتجاوز فيها آثار تصرف النائب اقليم دولة واحدة على تعدد تلك الحالات •

١٨٧ - وأهمية حل تنازع القوانين في التصرفات الحاصلة بطريق النيابة ترجع الى ما بين القواعد الموضوعية للقوانين الوطنية المختلفة من تباين في بعض أحكام النيابة فقد رأينا في دراستنا المقارنة للنيابة أنه برغم ما يتسم به هذا النظام في مختلف النظم القانونية الوطنية من وحدة واتساق ومن تقارب كبير في كليات أحكامه الا أن بعض الأحكام التفصيلية الهامة تختلف من قانون وطني الى قانون وطني آخر ومتى تنازع أكثر من قانون وطني حكم التصرف الحاصل بطريق النيابة كن من الأهمية بمكان أن نحدد بواسطة قواعد الاسناد القانون الوطني الذي يحكمها دون سواه •

ولتضرب على ذلك مثلا بمسألة مدى الانابة الصادرة في ألقاف عامة فهذه الانابة لا تبيح في القانون المصرى للنائب أن يتصرف فيما يجاوز أعمال الادارة بينما هذه الانابة نفسها في القانون العراقي تبيح للنائب أن يقوم بكل التصرفات (١) فاذا فرضنا أن وكيلًا يقيم موكله في القاهرة توجه الى بغداد حاملا توكيلا صين في ألقاف عامة وأبرم هذا الوكيل مع شخص مقيم في بغداد عقدا يخرج عن أعمال الادارة ويدخل في نطاق أعمال التصرف فما حكم ثاذا هذا العقد في

(١) انظر أيضا بند ٩٨ • والمثال الذي في المتن ينطبق كذلك على القانون الألماني الذي تكفى فيه الانابة العامة للقيام بكافة التصرفات • انظر بند ١٠٠ •

حق الأصل وهل نطبق في هذا الشأن القانون المصري فنعتبر أن الوكيل تجاوز حدود وكراته أم نطبق القانون العراقي فنقول بأن الوكيل قد تصرف في حدود تلك الوكالة ؟

مثال ثان : رجل أعمال انجليزي جاء الى مصر للتعاقد على استيراد بضاعة معينة ولم يفصح لمن يعامل معه عن أنه نائب ثم ظهر بعد إبرام العقد أنه لم يكن يتعاقد لحساب نفسه وكشف عن شخصية الأصل الذي طالب التاجر المصري بتنفيذ العقد . فهل نقول طبقاً للقانون المصري (م ١٠٥ و ١٠٦ مدني) أن لا نيابة في هذا الوضع وأن آثار تصرف النائب لا تضاف للأصل وأن مثل هذا العقد لا ينشئ علاقة مباشرة بين الأصل وبين الغير لاتقاء التعامل باسم الأصل ؟ أم نقول طبقاً للقانون الانجليزي الذي صدرت الاتابة وفقاً له والذي يعرف نظام الأصل المستمر بأن النيابة تامة وأن آثار العقد تلحق للأصل وتصرف النائب يربط بينه وبين الغير برابطة مباشرة ؟

ومثال آخر : نائب متوطن في فرنسا ويباشر نشاطه فيها لحساب شركة مصرية مركزها في القاهرة وذلك بموجب ائابة صادرة اليه من مركز الشركة خالية من الترخيص في التعاقد مع النفس ثم تكلفه الشركة شراء بضاعة معينة بثمن معين فيبيعها ايها مما يملكه هو أو يملكه أصل آخر ينوب عنه ، فهل نقول ان هذا البيع الذي عقده النائب مع نفسه نافذ وأن النيابة قد تحققت أثرها وأن تعاقد النائب مع نفسه لنفسه أو لشخص ثالث ينوب عنه قد أنشأ حقوقاً والتزامات للشركة المصرية وعليها لكون القانون الفرنسي لا يحظر التعاقد مع النفس كمبدأ بل يقتصر الحظر فيه على حالات خاصة منصوص عليها وفيما عداها لا يشترط القانون الفرنسي الترخيص المسبق بالتعاقد مع النفس ويكتفى بأن لا يكون الأصل قد منع نائبه صراحة من مثل

هذا التعاقد ؟ أم تمتد بالقانون المصرى الذى صدرت الانابة فى ظنه والذى يعتبر تعاقد النائب مع نفسه خارجا عن حدود الانابة ما لم يرد الترخيص به صريحا من الأصل (م ١٠٨ مدنى) ؟

هذه وغيرها من نقط الخلاف بين القوانين الوطنية فى بعض أحكام النيابة تبرز الأهمية العملية الكبيرة لحل تنازع القوانين فى علاقات النيابة التى تتجاوز اقليم دولة واحدة ويتنازعها لذلك أكثر من قانون وطنى واحد هذه القوانين قد تتباين قواعد الموضوعية التى تنظم العلاقة ويختلف لذلك حكم العلاقة بحسب القانون الذى يتعين سريانه عليها •

١٨٨ - وتقدونا الأمثلة التى ضربناها الى تحديد نطاق بحثنا فى تنازع القوانين فى النيابة فنحن فى هذا البحث لا نتعرض الا الى الخصيصة التى تميز نظام النيابة ألا وهى رجوع آثار تصرف النائب الى الأصل مباشرة فالتنازع الذى نبث عن حل له هو تنازع القوانين حول اضافة آثار تصرف النائب الى الأصل وحول مدى نيابة النائب عن الأصل وفيما عدا هاتين النقطتين المحددتين نجد أن لكل الأوضاع المرتبطة بتصرف النائب قاعدة اسناد تحكمها وليس من قصدها التعرض لها فهذه الأوضاع يدخل كل منها ضمن طائفة من طوائف العلاقات أو الأوضاع القانونية خصتها قواعد التنازع بحكم معين وأفردت لها قاعدة اسناد خاصة بها استقر أمرها ولم تعد تثير صعوبات ذات بال وهذه الأوضاع التى نستبعدا من نطاق البحث وان ارتبطت بالتصرف الذى يجره النائب هى :

١ - مضمون المقد الذى يبرمه النائب مع الغير : فهذا المضمون تحكمه قاعدة الاسناد الخاصة بالمقود والتصرفات القانونية فهى التى تعين لنا القانون الذى يحكم صحة المقد أو بطلانه ويحدد الالتزامات

التي يرتبها على طرفيه الى غير ذلك مما يتعلق بضمون العقد ، وهذا المضمون وان يكن من خلق ارادة النائب — بتلقيها مع ارادة الغير — الا أن لارادة النائب في علاقات النياية وجها آخر هو اضافة مضمون المقعد الى الاصيل وهذا الوجه الآخر هو وحده الذي يعنينا في هذا البحث وهو الذي نريد أن نتعرف على قاعدة تنازع القوانين التي تحدد لنا القانون المنطبق عليه والذي تقرر أحكامه ما اذا كان تصرف النائب قد أنشأ — أو هو لم ينشئ — علاقة مباشرة بين الاصيل وبين الغير الذي تعاقده معه النائب •

٢ — شكل المقعد الذي يبرمه النائب وشكل الانابة : وهذا تحكم تنازع القوانين في شأنه قاعدة الاسناد الخاصة بشكل التصرفات الثانونية وهي في معظم القوانين الوطنية تسند الشكل الى قانون البلد الذي تم فيه التصرف (م ٢٠ مدني مصري) (١) •

٣ — أهلية المتعاقدين : وهذه تحكمها قاعدة الاسناد الخاصة بالأهلية وهي في معظم القوانين الوطنية تسند لها الى قانون جنسية الشخص (م ١١ مدني مصري) أو قانون موطنه •

٤ — علاقة النائب بالاصيل : وهذه يحكم تنازع القوانين في شأنها قاعدة الاسناد المنطبقة على ما بينهما من رابطة كمقد وكالة أو عمل أو كولاية أو وصاية أو غير ذلك من الأوضاع التي تصطبغ بالابابة والتي تستقل عنها الانابة من أكثر من وجه كما أوضحنا آنفاً (٢) •

بعد استبعاد ما تقدم جميعه يبقى لدينا أمران :

(١) نفي مدني ٧ فبراير ١٩٦٣ — مجموعة المكتب الفني ٢٢٦/٣١/١٤ وفيه اخصت المحكمة شكل الوكالة لقانون البلد الذي صدرت فيه • وبالمعنى نفسه نفي مدني ١٧ مايو ١٩٧٣ — مجموعة المكتب الفني ١٣٧/٢٤ ٧٧٢/٥٠ وكذلك نفي مدني ١٢ فبراير ١٩٧٥ مجموعة المكتب الفني ٣٦٤/٣٧٧/٢٦ •

(٢) انظر بند ٨٣ •

١ - ما تتميز به النيابة من اضافة آثار تصرف النائب الى الأصل .

٢ - ما يتصل بذلك من تحديد مدى الانابة ونطاق سلطات النائب .
وهذا وحده هو الذى سنقتصر عليه بحثنا عن قاعدة اسناد تشير لنا الى القانون الذى تسرى أحكامه على علاقات النيابة ذات العنصر الأجنبى .

١٨٨ مكرر - والمقصود بشكل الانابة الذى قلنا فى البند
السابق انه يخضع للقانون الذى تحدده قاعدة الاسناد الخاصة بشكل التصرفات القانونية هو على التحقيق شكل الانابة من حيث هو أى تقرير ما اذا كانت الانابة الشفوية أو الورقة المثبتة للانابة صحيحة شكلا أم هى باطلة شكلا ، وليس المقصود شكل الانابة من حيث ارتباطه بشكل التصرف المناب فيه (انظر ما تقدم البند ٨٤) . ذلك أن اشتراط الشكل الرسمى فى اقامة موضوعها قيام النائب بتصرف يتطلب فيه القانون الرسمية هو فى التكيف الصحيح قيد على صفة النائب فى التصرف باسم الأصل اذ معناه أن النائب الذى يحمل صك انابة عرفيا تضيق صفته عن شمول التصرفات التى تكون الرسمية ركزا فيها ولا يعنى ذلك أن الانابة العرفية التى يحملها باطلة شكلا ، فالمسألة اذن هى مسألة تحديد مدى النيابة ونطاق صفة النائب وليست مسألة شكل الانابة من حيث هو . لذلك فإن شكل الانابة من حيث ارتباطه بشكل التصرف المناب فيه هو عنصر من عناصر علاقة النيابة التى نحن بصدد البحث عن قاعدة اسناد خاصة بها وليست مجرد مسألة شكل يخضع لقانون البلد الذى صدرت فيه الانابة .
مثال ذلك : موكل متوطن فى تونس أصدر توكيلا عرفيا حضر به الوكيل الى مصر مع شخص متوطن فيها تصرفا يتطلب فيه القانون المصرى الشكل الرسمى فاذا نظرنا الى المسألة بوصفها مجرد مسألة شكل تعين أن نقول ان الانابة العرفية استوفت شكلها المطلوب

حسب قانون البلد الذي صدرت فيه اذ أن الفصل ١١١٣ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية ينص على أنه : « يجوز التوكيل بصيغة غير الصيغة الواجبة قانونا في العقد المقصود من التوكيل » ، وعلى ذلك يصح لهذا الوكيل أن يبرم في مصر تصرفا يتطلب فيه القانون الشكل الرسمي بالرغم من عدم استيفاء وكالته لهذا الشكل ، غير أن امعان النظر يؤدي الى القول بأن هذه المسألة تخضع للقانون ائذى يحكم علاقة النيابة لكونها متعلقة بمدى نيابة الوكيل لا بشكل صك الوكالة وعلى ذلك يصح ابرام ذلك الوكيل لتصرف في مصر مطلوب له الشكل الرسمي في الحالة التي يكون فيها القانون التونسي هو قانون الإرادة الذي يحكم علاقة النيابة لكون الموكل اختاره صراحة في صك التوكيل ذاته أو حدده لوكيله وعلم بذلك الطرف الثالث ، أما اذا تخلف قانون الارادة على هذا النحو فان قاعدة الاسناد التي سنصوغها فيما يلي (البند ٢٠٦) مؤداها اخضاع هذه المسألة للقانون المصرى بوصفه قانون المكان الذي تصرف فيه النائب والذي هو في الوقت نفسه موطن الغير المتعاقد معه وعلى ذلك يصبح ابرام تصرف مطلوب له الشكل الرسمي خارجا عن نطاق نيابة مثل هذا الوكيل وذلك لأن المادة ٧٠٠ من القانون المدني المصرى تنص على أنه « يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة » واذن فلا تكون للوكيل في مثالنا صفة في ابرام تصرف قانوني في مصر ينص قانونها على وجوب توافر الشكل الرسمي فيه .

فمسألة شكل الاثابة من حيث ارتباطه بشكل التصرف النائب فيه هو اذن من قبيل تحديد نطاق سلطات النائب وما يدخل فيها من التصرفات وليست مسألة شكل بعث ولذلك تنطبق عليها لا قاعدة الاسناد الخاصة بشكل التصرفات القانونية ولكن قاعدة الاسناد

الأخرى التى تشير الى القانون واجب التطبيق على علاقة النيابة والتو
نحن الآن بصدد تحديدها .

١٨٩ - ولكن ألا تنفى عنا فى ذلك قاعدة الاسناد الخاص
بالمعقود والتصرفات القانونية ؟ وهل من مبرر للبحث وراء تلك القاعد
عن قاعدة اسناد أخرى خاصة بعلاقات النيابة ؟

الواقع أن بين التصرفات التى تتم بطريق الأصالة وبين تلك التى
تتم بطريق النيابة فروقا تنبغى مراعاتها فيما يتقرر من حل لتناز
التوائن بشأنها ولعل قاعدة التنازع الخاصة بالمعقود والتصرفات ق
نظرت أساسا الى العلاقات المعقّدة المبرمة بطريق الأصالة فلم تهمس
مجالا لما تتميز به علاقات النيابة من خصائص لا نجدها فى العلاقات
المعقّدة العادية .

واختلاف علاقات النيابة عن العلاقات المعقّدة العادية قائم
أكثر من وجه :

١ - فالعلاقة المعقّدة العادية علاقة ثنائية المتعاقد فيها ه
نفسه الطرف فى العقد أما العلاقة المعقّدة المبرمة بطريق النيابة فه
علاقة ثلاثية تنشؤها ارادة النائب بتلقيها مع ارادة الغير المتعاقد م
ولكن آثارها تلحق الأصيل فالمتعاقد - وهو النائب - ليس ه
الطرف فى العقد وانما هو أحد أركان هذه العلاقة الثلاثية وارا
هى الموصلة بين ركنيها الآخرين وهما الأصيل والغير .

٢ - والعلاقة المعقّدة التى تتم بطريق الأصالة لا مدخل فيه
لارادة شخص آخر غير ارادة المتعاقدين الطرفين فى العلاقة أ
علاقات النيابة فنواجه فيها ارادة ثالثة هى ارادة الأصيل ، وهذ
ان لم تكن هى المنشئة للعقد الا أنها - فى النيابة الاختيار

(الاتفاقية) - هي مصدر صفة النائب في أحداث آثار قانونية تلحق
الأصيل وبهذا الوصف يتعين الاعتداد بها للقول بوجود تلك الصفة
لنائب أولا ثم لتحديد نطاقها أى مدى نيابة النائب ثانيا (١) .

٣ - ثم أن العلاقة العقدية التى تتم بطريق النيابة ينظر فيها من
حيث قيامها الى شخص النائب ويمتد فى نشأتها بارادته بينما ينظر فى
آثارها الى شخص الأصيل ويمتد فى ذلك بأهليته وهذا الانقسام بين
السبب (أى التصرف القانونى) وبين المسبب (أى آثار ذلك
التصرف) غير موجود فى العلاقات العقدية العادية التى تتم بطريق
الإصالة .

١٩٠ - فإذا نظرنا على ضوء هذه الاختلافات الى قاعدة التنازع
لخاصة بالمقود وجدناها فى معظم القوانين الوطنية تشير الى حلول
ثلاثة أولها إخضاع العقد للقانون الذى تحدده ارادة الطرفين (قانون
الارادة) وثانى هذه الحلول إخضاع العقد لقانون الموطن المشترك
للطرفين وثالثها إخضاعه لقانون الدولة التى تم فيها العقد . وهذه
الحلول هى التى نصت عليها المادة ١٩ من القانون المدنى المصرى بقولها:
« يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التى يوجد فيها
الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا ، فإن اختلفا موطنا سرى
قانون الدولة التى تم فيها العقد . هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين
من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه » (٢) .

(١) انظر أيضا بند ٦٥ ، ٦٦ .

(٢) وهما بلانك فى القانون المدنى السورى المادة ٢٠ وفى القانون المدنى الليبى المادة ١٩

فى القانون المدنى العراقى المادة ٢٥ وفى القانون المدنى الجزائى المادة ١٨ وهذه لا تشير
الى تطبيق قانون الموطن المشترك بل تنص على تطبيق قانون الدولة التى تم فيها التصرف
اذا لم تكن الارادة قد اتجهت الى تطبيق قانون آخر . يلاحظ على النص العربى لهذه المادة
١٩ من القانون المصرى انه يستعمل لفظ « المتعاقدين » بينما ورد فى النص الفرنسى
لهذه المادة لفظ « الطرفين للمتعاقدين parties contractantes » وقد تقدم لنا القول بأنه
فى علاقات النيابة لا يكون المتعاقد هو الطرف .

فضوابط اسناد العقد الى القانون الذى يسرى عليه هي اما الارادة واما الموطن واما مكان الانعقاد وضوابط الاسناد المذكورة أيسر تحديدا في العلاقات العقدية العادية اذا الارادة هي ارادة الطرفين المتعاقدين والموطن المشترك هو موطنهما ومكان انعقاد العقد هو المكان الذى تلاقى ارادتهما فيه ، غير أن ضوابط الاسناد هذه نفسها تصبح أقل انضباطا وأعرس تحديدا في علاقات النيابة المثلثة الأركان فالى جوار ارادتي المتعاقدين (النائب والغير) لدينا ارادة الأصل فالى هذه الارادات الثلاث هو الذى يحدد القانون الذى يسرى على العقد ؟ هل ينفرد بذلك النائب والغير وهما المتعاقدان أم أن لارادة الأصل دورا في تحديد القانون واجب التطبيق وما هو هذا الدور ؟ ثم ماذا لو حدد الأصل قانونا معيننا على أنه المنطبق على العلاقة العقدية ثم أشار النائب والغير فى العقد الذى يبرمونه الى قانون آخر ؟ كل هذه أسئلة يثيرها تطبيق قاعدة الاسناد الخاصة بالعقد على علاقات النيابة دون أن نجد لها فى تلك القاعدة جوابا .

وما يقال عن الزادة كضابط اسناد يصدق أيضا على الموطن ، ذلك أن من شأن النيابة امكان انعقاد عقد بواسطة نائب متوطن فى البلد الذى به موطن الغير (انظر آتقا بند ١٨٦) فهل نقول فى هذه الحالة بأن المتعاقدين (أى النائب والغير المتعاقد معه) وقد اتحدا موطنا فإن القانون الذى يسرى على العقد هو قانون ذلك الموطن أم إن علينا كذلك أن نفتد بموطن الأصل ؟ كما أن من شأن النيابة امكان انعقاد عقد بواسطة نائبين متوطنين فى بلد واحد ليس هو بلد أى من طرفي العقد فهل نفتد باتحاد المتعاقدين موطنا فى هذه الصورة بصرف النظر عن أن ذلك الموطن لا شأن له بأى من الطرفين الأصليين المختلفين موطنا بل أن اتحاد النائبين موطنا قد يكون من فعل الصدفة المحضة التى لم تخطر على ذهن أى من الأصليين ؟

أما مكان الانعقاد كضابط امتداد فانه يثير من الصعوبات أقل مما تثيره الإرادة أو يثيره الموطن على أنه مع ذلك لا يخلو في حالة النيابة من الحاجة الى مزيد من التوضيح ، ذلك أن العقد من حيث هو تلاقي إرادتين على مضمون معين ظاهرة غير مادية ليس لها حيز حقيقي في المكان (١) فالعقود من هذه الوجهة تختلف عن كثير من طوائف العلاقات القانونية التي تتناولها قواعد التنازع إذ أن من تلك الطوائف ما له حيز مكاني موضوعي لا يثير صعوبة في الاستدلال عليه كالأموال مثلا فحيزها في المكان هو موقع وجودها وكشكل العقود وسائر التصرفات القانونية إذ يتحدد الحيز المكاني للشكل بالجهة التي تحرر فيها الورقة أو التي يباشر فيها عمله الموظف العام المختص بالتوثيق الى غير ذلك . أما العقود من حيث مضمونها فتعديد مكان انعقادها أمر ليس بمثل هذه السهولة وبخاصة في العقود التي تتم بين غائبين مع اختلاف القوانين الوطنية من حيث أخذ بعضها بمذهب تصدير القبول وبعضها الآخر بمذهب العلم بالقبول فإذا فرضنا أن النائب وجه ايجابا بالمراسلة الى شخص مقيم في دولة غير التي بها موطن النائب وكان القانون الذي يسرى على مضمون العقد يأخذ بمذهب تصدير القبول فمكان الانعقاد في هذا المثال هو موطن الغير فهل يسرى على علاقة النيابة (بالتجديد الوارد في البند ١٨٨ آتفا) قانون موطن الغير أم أن الأولى اخضاع تلك العلاقة لقانون موطن النائب باعتباره المكان الذي يباشر فيه النائب نشاطه عادة لحساب الأصيل والذي

(١) « إن انعقاد العقود يتجلى ، وبخاصة في ظل الرضائية الحديثة ، كحدث نفسي هو تلاقي الإرادتين لا يحتل بحد ذاته حيزا محددا في المكان وصدائق ذلك صعوبة تحديد مكان انعقاد العقود التي تتم بالمراسلة وهي حالة شائعة في العلاقات الدولية وصدائق ذلك أيضا وبصفة أخرى أن مكان الانعقاد كثيرا ما تلبس ظروف عرضية بحيث لا تعلق لها بالمصالح الدائمة للأطراف مثل أن يلتقي النائبون منهم في جهة ليست مقر أعمال أي من أطراف العقد » هنري بائيغول : المظاهر الفلسفية للقانون الدولي الخاص ، باريس ١٩٥٦ ص ٢٤٧ -

يمثل بالنسبة الى الفهر كافة حيزا مكانيا موضوعيا ظاهرا من السهل عليهم أن يدركوه وأن يحسبوا حساب القانون المنطبق فيه فضلا عن أن المكان الذي يباشر فيه النائب نشاطه معروف للاصيل بينما مكان انعقاد العقد في مثل المثال المتقدم قد لا يكون معروفا له ولا دخل في تقديره ؟

١٩١ - يبين لنا مما تقدم أن علاقة النيابة تتميز عن العلاقة العقدية العادية بخصائص لا تخطو من تأثير على تطبيق قاعدة التنازع العامة في شأن العقود والتصرفات القانونية وبمباراة أخرى أن خصائص علاقة النيابة تتطلب ايجاد قاعدة اسناد متميزة تكون أكثر تخصيصا من قاعدة الاسناد المعمول بها في شأن العقود بصفة عامة وأكثر اتساقا مع الطابع لميز علاقة النيابة بحيث تعطينا حولا لتنازع القوانين التي تناسب ما نجد في العلاقات العقدية التي تتم بطريق النيابة من خصائص لا نجدها في العلاقات العقدية العادية (١) .

وهذا الاتجاه نحو مزيد من التخصيص في طوائف العلاقات القانونية التي تتولى قواعد الاسناد تعيين القوانين المنطبقة عليها أصبح ملحوظا في السنوات الأخيرة في فقه القانون الدولي الخاص وفي محاولات تقنينه فبعد الطوائف الواسعة من العلاقات القانونية مثل الحالة والأهلية أو الأحوال الشخصية أو العقود والتصرفات القانونية - وهي أمثلة لطوائف العلاقات القانونية التي كانت تتناولها قواعد الاسناد التقليدية - أصبحت الجهود مركزة الآن على طوائف أضيق

(١) لا يزال الرأي في الفقه منقسما حول تخصيص علاقة النيابة بقاعدة اسناد مستقلة لا نجد في أحدث كتابين تناولوا الموضوع (انظر حاشية البند ١٩٢) أن الفقيه البلجيكي ريجو ينصح الى هذا الرأي بينما يكتب الفقيه الايطال ستار انشئ باسناد علاقة النيابة الى القانون الذي يحكم العقد الذي يبرمه النائب .

نطاقاً وأكثر تحديدا تقابل كل طائفة منها قاعدة اسناد خاصة بها
ويكفي كمثال على هذه الجهود الاتفاقات ومشروعات الاتفاقات التي
أعدها مؤتمر لاهى فى دوراته الأخيرة فالتواعد التي اتفقت عليها
الدول فى الدورات المذكورة تنصب مثلاً على بيع المنقولات المادية أو
على نفقة الفروع أو على شكل الوصايا وكلها طوائف أضيق بكثير من
الطوائف التي كانت تحاول الدول أعضاء مؤتمر لاهى أن تجد لها
فى الماضى حلولاً لتنازع القوانين (١) •

والنيابة تعتبر نموذجاً لطائفة محددة تحديداً دقيقاً تصلح
موضوعاً لقاعدة اسناد خاصة بها يمكن أن تبناها النظم الوطنية المختلفة
دون أن تثار بشأنها صعوبات التكيف التي تثار عادة بمناسبة تطبيق
قواعد الاسناد الخاصة بطوائف العلاقات القانونية الواسعة (٢) فقد
ظهر من الدراسة المقارنة التي قمنا بها فى هذا الكتاب أن النيابة فى
مختلف النظم القانونية الوطنية وحدة فنية تجمع بينها فى الكليات
حيث يمكن فى أى نظام من النظم القانونية الوطنية تكيف أى وضع
نجد فيه أن آثار تصرف يبرمه شخص معين تلحق مباشرة وعلى وجه
الاقتصار شخصاً آخر غير الذى أبرم التصرف بأنه علاقة نيابة تحكم
تنازع القوانين فى شأنها قاعدة الاسناد الخاصة بالنيابة •

وبالعمل فإن مؤتمر لاهى للقانون الدولى الخاص قرر فى دورته
الثانية عشرة المنعقدة سنة ١٩٧٣ إدراج النيابة فى جدول أعمال
دورته الثالثة عشرة ، ونتيجة للأعمال التحضيرية التي قام بها المكتب

(١) ديجو ، ص ٣٦٨ •

(٢) انظر فى التكيف بحثنا المنشور فى مجلة المحاماة ، السنة الاربعين
(١٩٥٩ - ١٩٦٠) ص ١٧٨ وما بعدها •

الدائم للمؤتمر واللجنة الخاصة بموضوع تنازع القوانين في النيابة
تمكن المؤتمر في دورته الثالثة عشرة (١٩٧٧) من اقرار اتفاقية ، هي
السابعة والعشرون من اتفاقيات لاهاي ، بشأن القانون واجب التطبيق
على النيابة وسنستعرض أحكام هذه الاتفاقية في نهاية الفصل الثالث
من هذا الباب (البند ٢٠٨ وما بعده) •

الفصل الأول

الحلول المقترحة لتنازع القوانين في علاقات النياية

١٩٢ - كما أن فقه القانون المدني لم يعرف النياية كنظام قائم بذاته متميز عن تطبيقاته المختلفة الا منذ عهد قريب نسبيا فكذلك فقه القانون الدولي الخاص لم يتعرض للنياية من حيث هي نظام ذو كيان يتجاوز حاصل جمع تطبيقاته التي تعرفها التقنيات المدنية وقد ينطبق بقواعده العامة على أوضاع أخرى غير تلك التطبيقات التقليدية المحددة ، وانما انصرفت جهود فقهاء القانون الدولي الخاص الى ايجاد حلول تنازع القوانين في خصوص هذا التطبيق أو ذاك من تطبيقات النياية فتمرضوا مثلا لتحديد قاعدة اسناد خاصة بالوصاية وبغيرها من نظم حماية ناقصي الأهلية وبحثوا عن قاعدة اسناد أخرى خاصة بمقد الوكالة (١) غير أنهم لم يلتفتوا الا منذ زمن قريب الى ضرورة حل تنازع القوانين بشأن النياية بصفة عامة وايجاد قاعدة اسناد تفسح

(١) انظر على سبيل المثال : دي لايراديل وكيراييه ، موسوعة القانون الدول ، باريس ١٩٣٦ ، ج ١٠ ، ص ١٠ وما بعده تحت عنوان الوصاية ، ج ٩ ، ص ١٠٠ وما بعده تحت عنوان الوكالة ، وياكيلون ، تنازع القوانين في العقود ، باريس ١٩٣٨ ، ص ٢٠٥ وما بعده ، وللمؤلف نفسه : *Traité Élém. de D.I.P.* باريس ١٩٥٩ ، ص ٦٠٩ ، وجرادوليس ، مبادئ القانون الدول الخامس باريس ١٩٦١ ، ص ٨٥ ، ١١٠ .

لنا حلولاً لكل حالات النيابة كنظام عام قائم بنفسه ، لذلك نجد حلول
التنازع المتعلقة بالنيابة في كتب القانون الدولي الخاص الأمهات تحت
عنوان الوكالة أو الوصاية الى غير ذلك وتنصب الحلول التي يقترحها
المؤلفون على العلاقة الداخلية بين النائب والأصيل أكثر من تعلقها
بالوجه الخارجي للنيابة : وجه علاقة الغير بالأصيل نتيجة لما يرميه
النائب من تصرف قانوني فهذا الوجه عندهم كما منرى يعتبر تارة فرعاً
عن أصل هو العلاقة الداخلية فيسرى عليه قانونها أو هو يستلحق تارة
أخرى تلك العلاقة الداخلية باعتباره الغرض الرئيسى منها فينطبق على
علاقة النائب بالأصيل القانون الذى يحكم العقد الذى يرميه النائب
مع الغير .

ولا غرابة في أن يكون عهد القانون الدولي الخاص بالنيابة
حديثاً الى هذا الحد فقواعد تنازع القوانين انما تعتمد الى طوائف
العلاقات التي تعرفها القوانين الوطنية فتسند كل طائفة منها الى قانون
وطنى معين متى تعددت القوانين التي يمكن أن تنطبق عليها ، والنيابة
كطائفة متميزة من طوائف العلاقات القانونية جديدة نسبياً في
القوانين الداخلية كما رأينا فلا غرابة في أن لا يلتفت اليها فقهاء
القانون الدولي الخاص الا بعد أن يستقر أمرها في مختلف القوانين
الوطنية بفترة من الزمان (١) .

(١) لم أول دراسة تعرضت لتنازع القوانين في النيابة بوجه عام هي الرسالة التي
قدمها يوجين فيستر بالألمانية الى جامعة زيوريخ سنة ١٩٢٧ .
Pfister, Vollmacht und Stellvertretung im internationalen Privatrecht, Zürich,
1927.
وقلتها بعض المجلات والأبحاث للفرقة ال أن ظهرت دراسات جامعتان احداها
في سنة ١٩٦٢ من قلم القليه الايطالى فينتشنزو ستاراس
Starace, La rappresentanza nel diritto internazionale privato, Napoli, 1962.
والدراسة الثانية ظهرت في سنة ١٩٦٣ وقام بها القليه البلجيكي فرانسوا ريجو
Rigaux, Le statut de la représentation, Etude de D.I.P. comparé, Leiden, 1963.
انظر ميفعة مختصرة لمحتويات هذا الكتاب في الفصل الذى كتبه للؤلف نفسه في =

على أن استقراء الحلول المختلفة التي قال بها فقهاء القانون الدولي الخاص في مختلف تطبيقات النيابة يمكن أن يعطينا فكرة عن تنوع تلك الحلول وتباينها وهو ما سنعرض له في بحثين نخصص الأول للنسابة الضرورية (القانونية) والثاني للنسابة الاختيارية (الاتفاقية) وذلك قبل أن نعد إلى محاولة لصياغة قاعدة استناد يعطينا حلولاً لتنازع القوانين في علاقات النيابة بوجه عام .

المبحث الأول

حلول تنازع القوانين في النيابة الضرورية (القانونية)

١٩٣ - لم يبلغ اختلاف أحكام القوانين الوطنية وتباين آراء الفقهاء في حل تنازع القوانين في شأن النيابة الضرورية (القانونية) ما بلغه في شأن النيابة الاختيارية ولعل مرجع ذلك اعتباران :

الأول - أن الأصل في النسابة الضرورية ليس له في علاقة النيابة الدور الذي له في النيابة الاختيارية فهو من حيث المبدأ معدوم الإرادة أو ناقصها ومن ثم ينفرد بأمر العلاقة القانونية في واقع الأمر النائب والغير الذي يتعاقد معه فضلاً عن أن أحكام نظم حماية فائدي الأهلية أو ناقصيها هي في كل القوانين الوطنية أحكام أمرة لا سبيل للأفراد إلى مخالفتها .

والاعتبار الثاني - أن حالات النيابة الضرورية تتصل قبل كل

٢٠ - الموسوعة الدولية للقانون المقارن، المجلد الثالث (القانون الدولي الخاص) الفصل ٢٩ وقد صدر هذا الفصل على عدة سنة ١٩٧٣ شأن سائر فصول هذه الموسوعة التي تصدر تباعاً .

وأنظر الفصول التي عدها لتنازع القوانين في النيابة رابيل في الجزء الثالث من كتابه طبعة ١٩٦٤ والفصل القصير الذي خصصه لهذا الموضوع شينغوف في الدروس التي ألقاها بأكاديمية القانون الدولي بلاماي سنة ١٩٧٠ (أنظر الإحالة الكاملة إلى طين المرجع تحت اسم كل مؤلف في قائمة المراجع بديل هذا الكتاب) .

شئ، بحماية فاقدى الأهلية أو ناقصها ولهذا ينبغي فى تحرى الحل
تتازع القوانين بشأنها هذا الاعتبار .

هذا وأن النيابة عن فاقدى الأهلية وناقصها فرع عن الأهلية فى
ذاتها والأهلية فى معظم القوانين الوطنية مستندة الى القانون الشخصى
لفاقد الأهلية أو ناقصها (وهذا القانون هو اما قانون الجنسية أو
قانون الموطن بحسب نظرة كل مشرع وطنى الى ضابط الاسناد
لأرجح فى تقديره) لذلك نجد أن النيابة عن فاقدى الأهلية وناقصها
يحكمها قانون جنسية الأصل أو قانون موطنه (١) .

غير أن هذا الأصل ترد عليه بعض الاستثناءات فى قوانين بعض
الدول فولاية الأب أو الجد مثلا قد ينطبق عليها قانون جنسية الأب أو
الجد أى القانون الشخصى. للنايب بدلا من القانون الشخصى للأصل
وهذا هو ما تنص عليه مثلا المادة ١٩ من الأحكام التمهيدية للقانون
المدنى الألمانى والمادة ١٠ من الأحكام التمهيدية للقانون المدنى
الإيطالى .

وكذلك تصرفات الزوج عن زوجته فى القوانين التى ترتب عنى
الزواج قيادا على أهلية الزوجة فهذه يتمين اسنادها الى القانون المنطبق
على الزواج بوصف تلك الأهلية المقيمة أثرا من آثاره (٢) وقد لا يكون
القانون المذكور هو القانون الشخصى للأصل أى للزوجة فى الصورة
التي نحن بصدددها .

وقاعدة اخضاع تصرفات النايب عن ناقص الأهلية لقانون جنسية
الأصل نصت عليها اتفاقية لاهائى المبرمة فى ١٢ يولية سنة ١٩٠٢ فهذه

(١) ريجو . المرجع السابق ص ٦٥ وللراجع للتأويل أيضا فيه .

(٢) جرونيش . للرجع للتأويل . ص ١٦٢ حاشية ٢ .

الاتفاقية تخضع كل ما يتصل بالوصاية لقانون جنسية القاصر بما في ذلك تحديد سلطات الوصى ومدى ولايته وحدود تصرفه بالنيابة عن الأصل وأحكام هذه الاتفاقية لا تزال سارية بين عدد من الدول الأوروبية وأن تكن فرنسا والسويد قد انتهتا بالنسبة اليهما .

١٩٤ - على أن من تطبيقات النيابة القانونية ما لا تكون صفة التائب فيه مستمدة رأسا من القانون كما في ولاية الأب أو الجد مثلا بل يحتاج الأمر فيها الى حكم من القضاء وهذه التطبيقات ذات الصيغة انقضائية منها ما يكون منظورا فيه الى حماية الأصل (كالوصاية والقوامة) ومنها ما تكون له صفة العقوبة أو الجزاء (كنقص الأهلية المترتب على عقوبة جنائية أو على الإفلاس) وفي الحالين ثور في العلاقات ذات العنصر الأجنبي مسألة أولية هي أثر الحكم القضائي خارج اقليم الدولة التي صدر فيها (١) .

فحيثما يتعلق الأمر بالحالة والأهلية أى كلما كان منظورا في الحكم القضائي الى حماية الأصل كما في الوصاية والقوامة فان القاعدة هي احترام أثر الحكم الأجنبي واعتباره نافذا بدون حاجة الى الحصول من قضاء الدولة على أمر بالتنفيذ فللوصى أو للقيم المعين بحكم صادر من قضاء دولة معينة أن يباشر مهمته في أية دولة أخرى وأن يتصرف لحساب القاصر أو المحجور عليه بتلك الصفة التي أسبغها عليه الحكم ويسرى على تصرفاته القانون الشخصى للقاصر أو للمحجور عليه ولا يحتاج الوصى أو الولي الى أمر بالتنفيذ مالم يكن المطلوب القيام بعمل فعلى من أعمال التنفيذ الجبرى للحكم الذى أسبغ عليه صفته .

(١) انظر في هذا الموضوع مجلة عامة مؤلف الأستاذ الدكتور فؤاد عبد المنعم ويلى
Ried, La valeur internationale des jugements en droit comparé, Paris, 1955.

أما إذا تعلق الأمر بقيد يرد على الأهلية كمقوبة تبعية للقاعدة أن الأحكام الجزائية لا تتجاوز آثارها إقليم الدولة التي أصدرت محاكمها الحكم ولذا فإن التقييم الخاص الذي يعين لإدارة أموال المحكوم عليه بجناية ليس له أن يتعاقد باسم الأصل ولحسابه في إقليم دولة أخرى . وبالنسبة لكف يد المفلس عن أمواله نجد أن هناك مذهبين : الأول مذهب وحدة التفليسة وبمقتضاه يكون للسنديك الذي تميته محكمة اشهار الافلاس المختصة (أى محكمة موطن المفلس) صفة فى التعامل باسم المفلس فى غير الدولة التى صدر فيها حكم اشهار الافلاس وهذا الحل يكون فى المادة نتيجة لاتفاقية دولية وان تكن محاكم بعض الدول - مثل بلجيكا - تسير عليه بصفة عامة ، أما بين الدول التى لا تربطها مثل هذه الاتفاقية فالمذهب الثانى هو السائد وهو مذهب اقليمية التفليسة وبمقتضاه لا بد من حكم يصدر باشهار افلاس التاجر من محاكم كل دولة تكون له فى اقليمها أموال يراد ضمها الى مجموعة أموال المفلس واذن فلا يكون للسنديك طبقا لهذا المذهب أن يتعامل باسم المفلس ولحساب جماعة الدائنين فى خارج اقليم الدولة التى عينته محاكمها سنديكاً ، وان يكن القضاء فى بعض الدول - مثل فرنسا وسويسرا - يسمح للسنديك المعين بحكم أجنبى برفع الدعاوى وبمباشرة أعمال الادارة فى الدولة الأخرى (١) .

المبحث الثانى

حاول تنازع القوانين فى النيابة الضرورية (القانونية)

١٩٥ - بينما لا نجد كبير خلاف حول القانون المنطبق على علاقات النيابة الضرورية (القانونية) نجد أن علاقات النيابة الاختيارية

(١) انظر ريجو ، للرجع السابق ص ١٠١ - ١٠٣ وللراجع للشعار اليها مة .

(الاتفاقية) كانت ولا تزال ميدانا فسيحا لاختلاف الآراء حول القانون المنطبق عليها وسنستعرض فيما يلي هذه الآراء المختلفة تباعا في غير اطناب لا تقضيه المقام .

١ - تطبيق قانون الارادة : القانون الذي يختار الطرفان تطبيقه له في جميع العلاقات العقدية الأولوية في حكم علاقتهما وجميع حلول التنازع الأخرى ليست الا حولا تبعية بمعنى أنه لا محل لتطبيقها الا في الحالة التي لا يكون الطرفان قد اختارا فيها القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهما .

غير أننا في النيابة نكون أمام ثلاث ارادات - ارادة الأصل و ارادة النائب و ارادة الغير الذي يتعامل مع النائب - والرأى الذي يأخذ به معظم الشراح هو الاعتداد في علاقات النيابة بالقانون الذي يحدده الأصل وحده فتمتئ أشار الأصل في الاثابة الصادرة منه الى قانون وطنى معين يحكم علاقة النيابة فهذا القانون ينطبق على العلاقة . لا محل هنا للاعتداد بارادتي النائب والغير واذ كانا هما المتعاقدان اللذان ينشئان العقد بارادتهما . وهناك قلة من الشراح لا ترى تطبيق القانون الذي يحدده الأصل في الاثابة التي تصدر عنه فكأنهم يستبعدون من نطاق علاقة النيابة قانون الارادة وهو القانون الذي تستند اليه في الأصل كافة العلاقات العقدية (١) .

وقد تأثرت بعض مشروعات الاتفاقات الدولية بهذا الاتجاه الأخير فنجد مثلا أن المشروع الذي أعدته جماعة القانون الدولى فى مؤتمرها المتعقد أولهما فى كوينهاجن سنة ١٩٥٠ وقانيهما فى لوسرن سنة ١٩٥٢ يستند علاقة الأصل والنائب الى قانون الارادة ولكنه يستند علاقة الأصل والغير رأسا الى قانون المكان الذي يتعاقد فيه النائب فكأنه

(١) ريجو ، ص ١١٢ - ١١٤ والمراجع المشار إليها فيه .

يستبعد تطبيق قانون الارادة فيما يخص علاقة النيابة ويقصره على
العلاقة الداخلية بين النائب والأصيل . وقد أبدت بعض الدول
مثل هذا الرأي خلال أعمال الدورة التاسعة لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي
الخاص .

٢ - تطبيق القانون الشخصى للأصيل : هذا هو أقدم الجلول
التي اقترحها الفقه لتنازع القوانين في علاقات النيابة فمنذ أواخر القرن
الماضى نجد كثيرا من الفقهاء يقولون باخضاع الوكالة - من حيث ترتيب
آثار مباشرة لتصرف الوكيل في ذمة الموكل ومن حيث مدى سلطات
الوكيل - الى القانون الشخصى للموكل وهذا القانون هو اما قانون
موطنه واما قانون جنسيته على حسب الآراء ومن أصحاب هذا الحل
ستورى ونرولان وسورفيل وفون بار وفرانكشتاين وبالاودرى باليرى
وغيرهم . وحجة القائلين بهذا الحل أن الأصيل تنبغى حمايته من مغبة
ما قد يقدم عليه نألبه من تصرفات في الخارج ولا تنأى هذه الحماية
الا بتطبيق قانون الأصيل الذى يعرفه جيدا والذى صدرت عنه الأناة
فى ظله كما أن تطبيق هذا القانون يتفق وتسير ارادة الأصيل الضمنية
اذ لو كان قد اختار قانونا معينا لكان ذلك القانون هو قانون موطنه
أو قانون جنسيته .

٣ - تطبيق قانون موطن النائب : هذا الحل أحدث هذا من
سابقة ولم ينل موافقة عدد كبير من الشراح وأول من قال به الفقيه
السويسرى فيستر فى رسالته التى سبقت الاشارة اليها ثم تابعه فى
هذا الزأى فقيه سويسرى آخر هو موزر فى مقال نشره فى الكتاب
التذكارى للعيد الخمسينى لمعهد التجارة العالمى فى سان جالن سنة ١٩٤٩
كما أخذ بهذا الزأى الى حد كبير الفقيه شنيتر فى كتاب له فى القانون
الدولى الخاص نشر سنة ١٩٥٠ .

وحجة هذا الزأى أنه وسط بين تطبيق قانون الأصيل وبين تطبيق

قانون مكان التعاقد (والمتروكي في الصورة التي انحصر فيها اهتمام معظم الشراح أنه أيضا مكان موطن الغير) فيدلا من تفضيل الأصل عليه حساب الغير أو العكس يذهب هذا الرأي إلى أن قانون موطن النائب هو الأولي بحكم علاقة النيابة لكونه تصرف النائب هو الصلة التي تربط بين الأصل والغير ولكون هذا القانون معروفا لكليهما بحكم تعاملهما مع النائب .

٤ - تطبيق قانون العلاقة الداخلية : هذا هو الحل الذي تأخذ به أغلبية الشراح في فرنسا وإيطاليا وبلجيكا مثل لوراند وفريس وديسبانييه ونيرايه وتارتوفاري وفيدوتزي وموناكو وفيتوس ودي فوس ومؤدى هذا الرأي اخضاع علاقة النيابة للقانون الذي يحكم ما بين النائب والأصل من علاقة وهي في الغالب الأعم عقد وكالة وحجة هذا الرأي هي أن إرادة الأصل الضمنية قد اتجهت إلى تطبيق هذا القانون وظاهر أن هذا الحل يستوحي المذهب اللاتيني التقليدي الذي لا يفرق بين النيابة والوكالة ويعتبر الأولي مجرد أثر من آثار عقد الوكالة (١) كما أن هذا الحل في نظر أصحابه يكفل حماية الأصل مثله مثل الحل القائل بتطبيق القانون الشخصي للأصل .

٥ - تطبيق قانون العقد الذي يرمه النائب : نادى بهذا الحل في ثلاثينيات ثلاثينيات ويطلق على قانون العقد الذي يرمه النائب اسم « قانون العملية الرئيسية » باعتبار أن ذلك العقد هو الهدف المقصود من الإثابة ، كما قال به في فرنسا باتيفول وفي إنجلترا برسلور وعنده أن القضاء الإنجليزي يطبق هذا الحل . كما نادى به أخيرا في إيطاليا كل من كاسوني في بحث له منشور في مجلة القانون الدولي الإيطالي سنة ١٩٦٠ وستراتشي في الكتاب الذي خصصه للنسبة في القانون الدولي الخاص .

(١) انظر أيضا بند ٧٣ وما بعده .

وحجة هذا الرأي أن النيابة تثير مسائل متعلقة بصحة العقد الذي يبرمه النائب وبإكادته ولذا يتعين سريان قانون واحد على العقد وعلى علاقة النيابة بل أن الأستاذ باتنقول يذهب الى حد اسناد عقد الوكالة في مجموعة القانون مكان انعقاد العقد الذي يبرمه الوكيل وذلك باعتباره القانون المنطبق على هذا العقد فإن سرى على العقد المذكور قانون آخر كقانون مكان التنفيذ مثلا ، كان لهذا القانون الأخير أيضا الاختصاص بحكم عقد الوكالة فالهم في رأيه أن تخضع الوكالة والعقد الذي يبرمه الوكيل لقانون واحد هو عنده قانون هذا العقد الثاني (١).

٦ - تطبيق قانون المكان الذي تعاقد فيه النائب : هذا الحل يقترب كثيرا من الحل السابق إذ أن قانون مكان التعاقد هو غالبا قانون العقد اللهم الا في بعض حالات خاصة كما لو اتفق الطرفان على تطبيق قانون آخر (وهذه الحالة لا تمنينا لأن قانون الارادة كما رأينا ينطبق بالأولوية على أى قانون آخر ولا مجال مع تحديده للبحث عن حل آخر لتنازع القوانين) والا فيما لو انطبق على العقد قانون مكان التنفيذ دون قانون مكان التعاقد نتيجة لتطبيق قواعد التنازع في قانون المحكمة التي تنظر النزاع والا في حالة التعاقد بين غائبين وهذه أهم حالة قد يختلف فيها مكان الانعقاد الحكمى عن المكان الذى تعاقد فيه النائب فعلا وبالتالي لا يكون قانون العقد هو نفسه قانون المكان الذى أبرم فيه النائب العقد .

وتطبيق قانون المكان الذى تعاقد فيه النائب أصبح الآن هو الحل الأكثر ذيوغا في الاتفاقات الدولية وفي مشروعات القوانين الموحدة فقد أخذت به مساهمة توحيد قواعد القانون الدولي الخاص بين بلاد

(١) باتنقول *Traité Élémentaire de D.I.P.* باريس ١٩٥٩ ، بند ٦٠٩ ، وباتنقول « تنازع القوانين في العقود » بند ٣٦٩ وأنظر مثل هذا الرأي عنه جروايليش المرجع السابق بند ٨٥ .

نيلينوكس (بلجيكا وهولندا ولوكسمبرج) المقودة في لاهاي في ١١ مايو سنة ١٩٥١ وذلك في المادة ٢٢ منها كما أخذ بهذا الحل المشروع الأول لمهد توحيد القانون الخاص الصادر سنة ١٩٥٥ (المواد ٦ و ٧ فقرة ٢ و ٢١ فقرة ٢ و ٢٤ فقرة ٢ من المشروع المذكور) وبالشروع الأخير لذلك المعهد الصادر سنة ١٩٧١ (المادتان ١١ فقرة ٢ و ٣٤ ب من المشروع) وكذلك أخذ بهذا الحل نفسه المشروعان اللذان أعدتهما جماعة القانون الدولي كما تطبقه محاكم كثير من البلاد (١) وغالبا ما يقرن هذا الحل بقيد هو أن يكون الأصل قد رخص للنائب في التعاقد في البلد الذي تعاقد فيه أو في الخارج على وجه العموم .

١٩٦ - هذه هي الحلول المختلفة التي نجدها في الفقه وفي تقنيات قواعد التنازع وفي أحكام القضاء في مختلف الدول على أن تعدد هذه الحلول لا يعني أن القانون المنطبق على علاقة النيابة يمكن أن يتعدد بقدر تعدد الحلول المقترحة فالواقع أن القوانين الوطنية التي يمكن أن تتنازع حكم علاقة النيابة لا يمكن عملا أن تترد على ثلاثة والحلول التي عرضناها في البند السابق يمكن رد بعضها الى بعض لأن القانون الذي يشير بتطبيقه أحدها يكون غالبا هو نفسه القانون الذي يؤدي الى تطبيقه الأخذ بالحل الآخر .

فقانون الارادة مثلا هو غالبا القانون الشخصي للأصيل وهو أيضا في الغالب قانون العلاقة الداخلية ، ذلك أن الأصل إذا اختار فائنا سيختار قانون موطنه وهذا القانون هو أيضا الذي ينطبق في معظم الحالات على علاقته بنائبه إذ الأغلب أن تنشأ تلك العلاقة في ظل

(١) ريجو ص ١٢٨ - ١٤٠ وانظر في المرجع المذكور تطبيقات هذا الحل في قضاء كل من ألمانيا وسويسرا وإنجلترا وغيرها ص ١٤١ - ١٦٧ - وانظر تطبيقات هذا الحل في قضاء الولايات المتحدة في دايل ج ٣ ص ١٦٠ .

القانون المذكور وهكذا تنفق ثلاثة حلول مختلفة نظريا في الاشارة الى قانون وطني معين على أنه المنطبق على علاقة النيابة .

كذلك فان قانون المكان الذي يتعاقد فيه النائب هو في الأغلب الأعم قانون العقد الذي يبرمه النائب كما أنه قد يكون هو نفسه قانون موطن النائب في حالات الأشخاص الذين يحترفون في موطنهم اننيابة عن أشخاص متوطنين في الخارج وهو وضع شائع في التجارة الدولية .

وهكذا تلتقي في النتيجة العملية حلول يبدو أنها تختلف في أساسها النظري وفي صياغتها اختلافا يينا ، ولو أمعنا النظر في الحلول المختلفة لأمكن أن نرجع اختلافها الى أحد اعتبارات أربعة تساق أحيانا لتبرير هذا الحل أو ذاك من حلول تنازع القوانين بشأن علاقة النيابة :

١ - الاختلاف في تحديد للطبيعة القانونية للنياية : فالقائلون — طبقا للمذهب القديم في الفقه التقليدي — بأن النيابة مجرد عنصر من عناصر عقد الوكالة تجعلهم هذه النظرة يستندون النيابة الى القانون المنطبق على الوكالة (قانون العلاقة الداخلية) أما القائلون باسناد علاقة النيابة الى قانون العقد الذي يبرمه النائب فكأنهم — وان لم يصرح أحد منهم بذلك — قد اعتبروا النيابة وصفا يلحق هذا العقد مقترين في هذا النظر من لينى — أولان ومن ساروا على رأيه (١) اذ أن اسناد وصف يقرن بمقد ما الى القانون الذي يحكم هذا العقد يبدو أمرا طبيعيا .

٢ - ترجيح مصلحة معينة على غيرها من المصالح التي تجمع بينها علاقة النيابة : فتطبيق القانون الشخصى للأصيل وكذا تطبيق قانون العلاقة الداخلية يكفل في نظر أصحابه هذين الحلين حماية مصلحة

(١) انظر آتاه' منه ٤٧ وما بعده .

الأصيل التي هي في تقديرهم أولى بالحماية ، أما القائلون بتطبيق قانون موطن النائب أو بتطبيق قانون مكان التعاقد أو بتطبيق قانون العقد الذي يبرمه النائب فقد قصدوا الى حماية الغير الذي يتعامل مع النائب أو الغير عموما وذلك على أساس الصورة المثلى - في نظرهم - لتجاوز علاقة النيابة حدود الدولة الواحدة وهي صورة تعاقد النائب مع الغير في موطنهما المشترك أو في موطن الغير الذي يختلف عن موطن الأصيل . والحماية التي تقصد هذه الحلول الى كمالها تتمثل في مجرد المأم صاحب المصلحة الراجعة بأحكام القانون واجب التطبيق لكونه قانون موطنه بصرف النظر عما اذا كانت أحكام ذلك القانون الموضوعية أفضل له من الأحكام الموضوعية لقانون وطني آخر كان يمكن أن ينطبق على العلاقة ، فالأصيل في الحالة الأولى والغير في الحالة الثانية وجهه أن يعرف متى وكيف تقوم بينه وبين الطرف الثاني علاقة مباشرة نتيجة للعقد الذي يبرمه النائب وجهه أن يعرف كذلك مدى سلطة النائب وحدودها ومعرفة ذلك وفقا لقانونه أيبرله من معرفته وفقا لقانون أجنبي غريب عليه .

٢ - مراعاة توقعات الطرف الأجدر بالرعاية : وهذا الاعتبار يقترب من سابقه ويؤدي الى الحلول قصها تقريبا فاذا قلنا ان الأصيل أجدر بالرعاية انتهينا الى تطبيق قانونه أو قانون المصلحة الداخلية على أساس أن تطبيق أحد هذين القانونين (وكثيرا ما يكونان قانونا واحدا) هو ما كان يتوقمه الأصيل عند صدور الأتابة عنه ، أما اذا رجحنا جانب الغير فان القانون الذي يتوقع الغير تطبيقه هو قانون المكان الذي تعاقد فيه مع النائب أو قانون العقد المبرم بينهما (وغالبا يكون قانون العقد هو قانون مكان التعاقد) .

على أنه يصح أن نقول : ليس مما ينبغي أن يتوقمه الأصيل أن ينطبق على علاقة النيابة قانون أجنبي ظاهرا كان المروض أن الأتابة

التي صدرت عنه ترخص للنائب بالتعامل لحساب الأصل في الخارج ؟
ان طبيعة علاقات النيابة ذات العنصر الأجنبي تجعل حصر توقعات
الأصل في تطبيق قانون موطنه أو قانون العلاقة الداخلية أمرا افتراضيا
محضا كثيرا ما يخالفه الواقع .

٤ - تفسير ارادة الأصل : وهذا الاعتبار هو امتداد لمبدأ تطبيق
قانون الارادة فاذا لم يفصح الأصل عن ارادة صريحة بشأن تطبيق قانون
معين على علاقة النيابة ذات العنصر الأجنبي فإن في الامكان أن تنسب
إليه ارادة ضمنية بشأن اختيار قانون معين وهذا القانون الذي يصير
تحديده عن طريق تفسير ارادة الأصل يصح أن يكون واحدا من عدة
قوانين بحسب اختيار القائم بالتفسير فهو اما قانون موطن الأصل
واما قانون العلاقة الداخلية واما قانون مكان التعاقد اذا سلمنا بأن
ارادة الأصل وقد صدرت عنها اثابة تستعمل في الخارج فإن تطبيق
قانون تلك الدولة الأجنبية يصح أن تنسب اليه ارادة الأصل الضمنية ،
وهكذا فهذا الاعتبار قد يساق تبريرا لأي حل من مختلف الحلول التي
استعرضناها ولهذا لا نرى أن يكون تفسير ارادة الأصل وتحرى
ما اتجهت اليه ضمنا تلك الارادة مما يجوز أن يبنى عليه حل سليم
لتنازع القوانين في علاقات النيابة الاختيارية .

هذه هي مختلف الاعتبارات التي تستوحىها الحلول المتقدمة أو
التي تساق من بعد لتبرير الأخذ بحل معين من بينها ولا تخلو هذه
الاعتبارات كلها من أوجه انتقاد مستأولة في الفصل الثالث من هذا
'باب على أننا نلاحظ منذ الآن أن الحلول الستة التي استعرضناها
لا تسند كلها علاقة النيابة استنادا مباشرا الى قانون وطني معين بالذات
فمن بينها حلان (تطبيق قانون العلاقة الداخلية وتطبيق قانون المقد
الذي يرمه النائب) لا يتضمنان سوى قاعدة استناد غير مباشرة اذ يبقى

بعد أن نقول بأن علاقة النيابة تخضع لقانون العلاقة الداخلية بين النائب والأصيل أن نحدد ما هو القانون الذي يسرى على تلك العلاقة وكذلك في حالة القول باخضاع علاقة النيابة لقانون العقد الذي يبرمه النائب يبقى علينا أن نعرف أي قانون وطني هو الذي يسرى على ذلك العقد فهما إذن حلال يستندان علاقة النيابة اسنادا تبعا كنتيجة لاعتبار تلك العلاقة من ملحقات علاقة عقدية معينة هي اما العلاقة التي تربط الأصيل بالنائب واما العقد الذي يبرمه هذا الأخير مع الغير .

الفصل الثانى

قاعدة اسناد علاقات النيابة الضرورية (القانونية)

١٩٧ - سنتناول فى هذا الفصل تحديد الحل المناسب لتنازع القوانين فى علاقة النيابة الضرورية (القانونية) ولن نشور فى هذا المجال صعوبات ذات بال لما سبق أن قلناه من أن أمر اسناد هذا النوع من علاقات النيابة ليس محل خلاف لتعلقه فى معظم الصور بالنظم الموضوعة لحماية فاقدى الأهلية أو ناقصيها .

ولهذا السبب عنه لا تبلغ الأهمية العملية لتنازع القوانين فى هذا النوع من النيابة مبلغها فى النيابة الاختيارية فالتنطاق المكاني لتصرفات النائب عن ناقص الأهلية لا يتجاوز موقع أموال الأصيل ووجود كل أموال القاصر أو ناقص الأهلية فى موطنه هو الأصل الغالب اذ قليل من ناقصى الأهلية من تنتشر أمواله فى اقليم أكثر من دولة واحدة ، أما التجارة الدولية - والنيابة الاختيارية احدى أدواتها - فالأصل فيها بطبيعتها أن تتجاوز حدود الدولة الواحدة وأن تصطبغ كل عملياتها التى تتم بطريق النيابة بالصبغة الدولية فتشور بصد كل عملية منها مسألة تنازع قوانين .

والنيابة الضرورية تستمد وجودها من قاعدة قانونية موضوعية

لا من تصرف اوائى للأصيل كما هو الشأن فى النيابة الاختيارية وهذا الاختلاف فى المصدر لا يخلو من تأثير على حل تنازع القوانين اذ اختصاص التشريعى بالعلاقات المقدية هو من حيث المبدأ لقانون الارادة وكافة حلول التنازع الأخرى انما هى حلول تبعية بمعنى أن القانون الذى تشير اليه تلك الحلول انما هو بديل من القانون الذى كان المفروض أن تحدده ارادة أصحاب الشأن ولما كان الأصيل فى النيابة الضرورية غير ذى ارادة صالحة لتحديد القانون واجب التطبيق فمن الطبيعى أن يكون القانون الوطنى الذى تنتمى اليه القاعدة المنشئة للنيابة هو نفسه المنطبق على علاقات النيابة الضرورية والا يكون هناك مجال لتطبيق قانون آخر من تلك القوانين التى يعتبر تطبيقها على علاقات النيابة الاختيارية من قبيل الاسناد التبعى المترتب على تخلف قانون الارادة وهو متخلف فى علاقات النيابة الضرورية ابتداء وبحكم انتهاء الارادة لدى الأصيل .

وهناك اعتبار آخر يبرر الأخذ بالحل المذكور - أى اسناد علاقات النيابة الضرورية الى القانون الذى تستمد منه النيابة وجودها - وهذا الاعتبار هو تعلق هذا النوع من النيابة غالبا بحماية ناقصى الأهلية وهذه الحماية تعتبرها النظم القانونية الوطنية كلها من النظام العام واذن فتحديد آثار تصرف النائب بالنسبة للأصيل وتعيين مدى سلطات النائب فى التصرف باسم الأصيل وفى ايجاد رابطة مباشرة بينه وبين الغير أمور لا يمكن أن ينزل القانون الوطنى عن تنظيمها فى مجاله الخاص أى بالنسبة للمواطنين الى قانون آخر كما أن قواعد التنازع فى كل قانون وطنى لا تجد فى هذا النوع من العلاقات القانونية ما يرجح تطبيق قانون آخر عليها غير قانون القاصر أو ناقص الأهلية الأجنبى ولهذا تجمع قوانين كل البلاد على اسناد علاقات النيابة القانونية الى قانون الأصيل المقصود بالحماية وهو أما قانون جنسية

وأما قانون موطنه بحسب نظرة كل مشرع وطنى الى ضابط الاسناد
الأرجح فى تقديره .

ويضاف الى ما تقدم أن النيابة عن ناقصى الأهلية متفرعة عن
الأهلية ذاتها وأهلية الأشخاص يحكمها طبقا لقواعد التنازع فى تشريعات
كل البلاد القانون الشخصى ولهذا كان طبيعيا أن يحكم علاقات النيابة
المبنية على نقص الأهلية القانون نفسه الذى يحكم الأهلية توجيدا
لل قانون المنطبق على مجموعة متكاملة من الأوضاع القانونية تتركز
حول شخص ناقص الأهلية .

١٩٨ - وإذا كان المبدأ الذى يكاد يكون مجمعا عليه هو استناد
علاقات النيابة الضرورية الى قانون الأصل فإن قوانين بعض البلاد
تستثنى من ذلك ولاية الأب فتسندها الى قانون الأب وبالتالي يحكم
علاقات النيابة فى هذه الصورة قانون النائب (الأب) لا قانون الأصل
(الولد) ومن التشريعات التى تحوى هذا الاستثناء القانون الألمانى
كما رأينا (بند ١٩٣ آها) وقد كان منها كذلك القانون المصرى قبل
مدور القانون المدنى الحالى إذ كانت المادة ٢٩ من لائحة التنظيم
التقضاى المختلط تنص فى فقرتها الرابعة على سريان قانون الأب على
الحقوق والواجبات ما بين الآباء والأبناء وكان هذا الاستناد لتنظيم
مضمون الولاية يقتضى اسناد علاقات النيابة المتعلقة بالولاية الى
قانون الأب (النائب) كذلك للاعتبارات التى سبقناها فيما تقدم وقد
حوى مشروع تنقيح القانون المدنى هذا الحكم عينه فى المادة ٣٥ منه
غير أن هذه المادة حذفت فى المراحل التسالية للتقنين وصدر القانون
المدنى المصرى خلوا من النص على اسناد الولاية الى قانون الأب إذ
سوت المادة ١٦ من القانون المدنى المصرى بين الولاية والوصاية والقوامة

وغيرها من النظم الموضوعة لحماية ناقصى الأهلية والفائين فأسندتها الى قانون الشخص الذى يجب حمايته .

على أن القانون العراقى — من بين قوانين البلاد العربية — قد نص على استناد الولاية الى قانون الأب كما كان يفعل القانون المصرى القديم وكما يفعل القانون الألمانى والقانون الايطالى اذ نصت الفقرة الرابعة من المادة ١٩ من القانون المدنى العراقى على أن : « المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية ومسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسرى عليها قانون الأب » وعلى ذلك فملاقات النيابة المتولدة من الولاية تخضعها قاعدة التنازع العراقية لقانون النائب (الأب) وهو القانون الذى يحكم مضمون الولاية وعلاقة طرفيها أى العلاقة الداخلية بين النائب والأصيل وفى ذلك مراعاة لمبدأ وحدة الولاية والأوضاع المتعلقة بها كما أن فى تطبيق قانون الأصيل على علاقات النيابة المتولدة عن الوصاية أو التوامة مراعاة لمبدأ وحدة النظام الموضوع لحماية ناقصى الأهلية فى الحالتين ينطبق على علاقات النيابة القانونية القانون نفسه المنطبق على العلاقة الداخلية بين النائب والأصيل .

١٩٩ — القانون المصرى اذن — ومثله فى ذلك القانون السورى والقانون الليبى والقانون الجزائرى والقانون الأردنى — يسير على القاعدة التى تتبعها معظم قواعد التنازع الوطنية فيسند جميع نظم حماية ناقصى الأهلية الى قانون الأصيل وفى ذلك تقول المادة ١٦ من القانون المدنى المصرى — وتقابلها المادة ١٧ من القانون المدنى السورى والمادة ١٦ من القانون المدنى الليبى والمادة ١٥ من القانون المدنى الجزائرى والمادة ١٧ من القانون المدنى الأردنى — « : يسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والفائين قانون الشخص الذى يجب

حمايته » والمقصود بقانون الشخص هو قانون الدولة التي ينتمي إليها
بجنسيته .

فهذا النص يسند الى قانون جنسية ناقص الأهلية كافة المسائل
المتعلقة بحمايته - من حيث تنظيمها الموضوعي لا من حيث اجراءاتها -
فهذا القانون يحكم اسناد الولاية الى الأب أو الأم ويحكم تعيين
الوصي أو القيم وتحديد حقوق هؤلاء جميعا وواجباتهم وحالات سلب
الولاية أو العزل من الوصاية أو القوامة وحالات الاذن للناقص بالادارة
وقواعد تقديم الحساب والأجر الي غير ذلك مما يتصل بالعلاقة الداخلية
بين ناقص الأهلية وبين نائبه .

وكذلك فإن هذه القاعدة تسحب على علاقات النيابة المتولدة عن
النظم الموضوعية لحماية ناقص الأهلية فقانون جنسية الأصيل يحكم
كذلك مسألة رجوع آثار تصرف النائب - وليا كان أو وصيا أو قيا -
الى الأصيل ناقص الأهلية مباشرة وهو الذي يحدد لنا متى وكيف ينشئ
تصرف النائب رابطة مباشرة بين الأصيل وبين الغير المتعامل مع النائب
نم هو أيضا الذي يحدد لنا مدى نيابة النائب ونطاق سلطاته في التصرف
باطم الأصيل .

وقد أشرنا فيما تقدم الى الاعتبارات التي يستند اليها اخضاع
علاقات النيابة القانونية الي قانون العلاقة الداخلية (وهو في القانون
المصري وكذا في القانون السوري والليبي والجزائري والأردني قانون
جنسية الأصيل) ويضاف الى تلك الاعتبارات أنه من السهل على الغير
في حالات النيابة القانونية أن يتعرف على القواعد التي تحكمها وأن
يتحقق من حدود مكثة النائب وذلك لأن مصدر تلك النيابة هو القانون
وتنظيمها تتولاها قواعد آمرة لا يقضي أمرها على الغير بأقل تدبير

بتطلبه التامل مع نائب عن شخص ناقص الأهلية وإن يكن أجنبياً (١). وهذا بخلاف الحال في النيابة الاختيارية حيث تمتد وجودها من ارادة الأصل وحيث تلك الأداة هي التي تعدد مدى النيابة وترسم حدود سلطة النائب على وجه قد لا يخلو من اثاره الصمومات بشأن التعرف على حقيقة تلك الحدود وبخاصة متى تباينت بشأنها أحكام القوانين الوطنية المختلفة .

كما أن الأصل الذي تصدر عنه اداة اختيارية يباشر النائب بمقتضاها تصرفات ذات عنصر أجنبى عليه أن يتوقع كل ما يشهه هذا الوضع في مجال تنازع القوانين وعليه أن يتعرف أحكام القوانين الأجنبية التي قد تصدى لحكم علاقة النيابة فهو اذ يكلف نائبه التعامل في خارج موطنه يتجاوز بالانابة حيزها الأصلي في المكان ويقسم المجال القانوني للغير الذي سيتعامل مع النائب وعليه أن يتوقع عواقب مثل هذا النشاط أو يحتاط لها باختيار قانون معين (قانون الارادة) فإن لم يشأ أن يعدد القانون المنطبق على علاقة النيابة فهو اذن قد تصور احتمال انطباق قانون آخر عليها ولم ينكص أمام هذا الاحتمال ولعله قد تعرف على أحكام تلك القوانين التي يحتمل أن تتنازع أمر علاقة النيابة وارتضى انطباقها ، وهذه كلها أمور لا يمكن أن تسبجا الى أصل ناقص الأهلية فمثل هذا الأصل يكون الأصح في حق من يتعامل مع نائبه أن يقول أنه هو الذي يقتحم المجال القانوني لناقص الأهلية وعليه اذن أن يتعرف على أحكام علاقة النيابة في قانون الأصل وهو كما قلنا أمر ليست فيه مشقة زائدة .

٢٠ - ذكرنا فيما تقدم (بند ١٩٧) أن تطبيق قانون الارادة مستبعد في حالات النيابة القانونية لكون الأصل غير ذي ارادة صالحة

(١) انظر ما تقدم به ٧٢ ، ٩٥ .

لاختيار القانون الواجب التطبيق على علاقة النيابة ، ولكن هل للنائب
والغير الذى يتعامل معه أن يختارا - وهما المتعاقدان اللذان يتشأن
المقد بارادتهما - قانونا معينا يمسى على علاقة النيابة ؟

إن مثل هذا السؤال يعرض أيضا بشأن النيابة الاختيارية
وسنرجى الاجابة عليه فى خصوصها الى موضعها فيما يلى وسيكون لنا
فى ذلك قول لا يتقيد بما هو شائع فى الفقه من أن اختيار القانون
المنطبق على علاقة النيابة يرجع الى ارادة الأصل وحده ، على أننا
بشأن النيابة القانونية لا نتردد فى الاجابة على هذا السؤال بالنفى
فليس من حق النائب عن ناقص الأهلية أن يحدد فى المقد الذى
يبرمه مع الغير قانونا آخر يحكم علاقة النيابة غير قانون الأصل وعلة
هذا الحل واضحة لأن الأحكام التى تنظم النيابة عن ناقص الأهلية
أحكام أمرة بفرد قانون الأصل - كما رأينا - بالانطباق عليها فليس
من المقبول أن تترك للنائب حرية اختيار تطبيق قانون آخر قد يعطيه
سلطات أوسع مما تعطيه أحكام قانون الشخص المقصود بالحماية أو قد
يقول تطبيق أحكامه الى الاضرار بالأصل لأن معنى تمكين النائب عن
ناقص الأهلية ن اختيار قانون آخر لحكم علاقة النيابة تمكينه بطريق
غير مباشر من مخالفة أو مجاوزة القواعد الأمرة التى تحكم النظام
الموضوع لصاية ناقص الأهلية .

٢٠١ - ومن صور النيابة الضرورية (القانونية) صورة لها
حكم خاص فى تنازع القوانين وهذه الصورة هى الفضالة فالفضولى
فى مباشرته شأنا عاجلا لرب العمل قد لا يقتصر على القيام بأعمال مادية
بل قد يعقد تصرفات قانونية مع الغير لحساب رب العمل وهذه التصرفات
- متى توافرت شروط الفضالة - ترجع آثارها الى رب العمل رأسا
ويعتبر الفضولى فيها نائباً عنه فما هو القانون المنطبق على علاقة النيابة
هذه اذا كانت عناصرها موزعة بين أكثر من دولة ؟

الحل هنا كما في باقى حالات النيابة القانونية اسناد علاقة النيابة الى القانون نفسه الذى يحكم العلاقة الداخلية أى الفضالة من حيث هى ، ولكن هذا القانون فى حالتنا هذه ليس قانون الأصيل بل هو قانون المكان الذى تصرف فيه الفضولى باسم رب العمل ولحسابه واذن فينسحب على علاقة النيابة الناشئة عن الفضالة حكم قاعدة الاسناد التى تضمنتها المادة ٢١ فقرة أولى من القانون المدنى المصرى (وتقابلها فى القانون المدنى السورى المادة ١/٢٢ وفى القانون المدنى العراقى المادة ٢٩ وفى القانون المدنى الليبى المادة ١/٢٢ وفى القانون المدنى الجزائرى المادة ١/٢٠ وفى القانون المدنى الأردنى المادة ٢٢) ونصها « يسرى على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذى وقع فيه العمل المنشئ للالتزام » .

واذن فقانون البلد الذى تولى فيه الفضولى الشأن العاجل لرب العمل هو الذى ينظم التزاماتها المتقابلة وهو نفسه أيضا الذى يحكم علاقة النيابة اذا كان نشاط الفضولى قد امتد الى ابرام تصرف قانونى مع الغير لحساب رب العمل .

وهذا الحل يكاد يكون محل اجماع فى كل البلاد فقد نصت عليه مثلا المادة ٢٥ فقرة ٢ من الأحكام التمهيدية للقانون المدنى الايطالى والمادة ١١ فقرة أولى من قانون قواعد التنازع البولونى الصادر سنة ١٩٢٦ والمادة ٢٢٠ من تقنين بوستامتى المطبق فى كثير من بلاد أمريكا اللاتينية والمادة ٧٦ من مشروع تنقيح القانون المدنى الفرنسى كما تضمنت النص عليه عدة مشروعات لتقنين قواعد القانون الدولى الخاص ثم هو مطبق فى قضاء الدول التى لم تتضمن تشريعاتها نصوصاً خاصة بتنازع القوانين .

واسناد علاقة النيابة الناشئة عن عمل الفضولى الى قانون المكان الذى

تعاقد فيه هذا الأخير مع الغير نتيجة طبيعية لاستبعاد معظم الحلول الأخرى في هذه الصورة بالذات لقانون الإرادة لا محل للقول بانطباقه لعدم وجود إرادة للأصيل (رب العمل) إذ التصرف يجري في غيبه وبغير علم منه ولهذا السبب عنه تستبعد الحلول الأخرى التي تستند إلى احترام توقعات الأصيل أو إلى تفسير إرادته فلا يبقى لدينا إلا ضوابط الاستناد الموضوعية التي تشير في هذه الصورة إلى قانون المكان الذي تصرف فيه القضولي ففي هذا المكان تتميز معظم عناصر العلاقة فيه تم التعاقد وفيه يتم التنفيذ وفيه غالباً يوجد موطن القضولي وموطن الغير الذي تعاقد معه فلا يبقى من عناصر العلاقة خارج المجال الطبيعي لقانون مكان التصرف إلا موطن الأصيل وتوجيه الصلة التي يرتبها بين علاقة النيابة وبين قانون مكان التصرف مجموع هذه العناصر على الصلة التي تستند على مجرد عنصر واحد هو موطن الأصيل أمر طبيعي يجعل استناد علاقة النيابة للمدينة على فضالة - كاستناد الفضالة نفسها - إلى قانون البلد للمدى تصرف فيه للقضولي استناداً سليماً يخضع العلاقة إلى القانون للمدى تنتمي إليه أكثر من انتمائها إلى أى قانون آخر .

٢٥٢ - وفي تلخيص ما تقدم نقول إن علاقات النيابة الضرورية (القانونية) يسرى عليها القانون الذي يسرى على العلاقة الداخلية بين النائب والأصيل وهذا للقانون هو قانون جنسية الأصيل في حالات النيابة المتعلقة بنظم حماية فاقدى الأهلية وفاقصيا وهو قانون الدولة التي تصرف فيها القضولي في حالة النيابة المترتبة على فضالة .

على أننا في صياغة قاعدة استناد خاصة بعلاقات النيابة الغيرورية نود أن نتحاشى الاستناد غير المباشر إلى قانون العلاقة الداخلية لأن هذا الاستناد يحوجنا إلى التساؤل في كل حالة عن ذلك القانون ما هو؟

• لذا يستحسن أن تصاغ قاعدة اسناد علاقات النيابة الضرورية على الوجه الآتى :

« يسرى على علاقات النيابة الضرورية (القانونية) قانون جنسية الأصيل اذا تربت العلاقة على نظام من النظم الموضوعة لحماية فاقدى الأهلية وناقصها ويسرى عليها قانون الدولة التى تصرف فيها النائب اذا تربت العلاقة على الفضالة » •

وهذه القاعدة تسد قصصا موجودا فى القانون المدنى المصرى وفى غيره من القوانين العربية التى تحوى حلولاً لتنازع القوانين ذلك أن تلك الحلول انما تنصب على العلاقة الداخلية لا على علاقة النيابة بالتحديد الذى قدمناه (انظر بند ١٨٨ آتفا) ثم أن تحرى الحلول المناسبة لتنازع القوانين فى غير المسائل التى نصت عليها قواعد الاسناد الوضعية هو أمر متروك لاجتهاد الفقه والقضاء وهو اجتهاد ترك المشرع نفسه بابه مفتوحا اذ نصت المادة ٢٤ من القانون المدنى المصرى (وتقابلها المادة ٢٥ من القانون المدنى السورى والمادة ٢٤ من القانون المدنى الليبى والمادة ٣٠ من القانون المدنى العراقى والمادة ٢٥ من القانون المدنى الأردنى) على أنه :

« تتبع فيما لم يرد بشأنه نص فى المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولى الخاص » •

الفصل الثالث

قاعدة اسناد علاقات النياية الاختيارية (الاتفاقية)

٢٠٣ - القاعدة بشأن العلاقات العقدية هي اخضاعها للقانون الذى يختاره الطرفان أى لقانون الارادة وقد أصبح هذا العمل مستقرا فى قواعد الاسناد الوضعية وفى أحكام القضاء وفى اجتهادات الفقه فى مختلف البلاد .

وليس يفتينا هنا أن ندخل فيما دار من جدل فقهي حول الصفة التى تنطبق بها أحكام قانون الارادة : هل تنطبق بوصفها قواعد وضعية أم بوصفها تنظيما اختياريا للمقد فى إطار مبدأ سلطان الارادة فى القانون المحلى ؟ وكذلك الاعتراض الآخر الذى يرى فى تطبيق قانون الارادة نوعا من المصادرة على المطلوب بمقولة أن الارادة الفردية لا تنتج آثارا قانونية الا فى إطار نظام قانون وطنى معين وأن مما يخالف المنطق أن تخضع الارادة العقدية من حيث صحتها ومن حيث آثارها لقانون معين تختاره تلك الارادة قبل أن يعرف حكم التصبر عن الارادة من حيث صحتها ومن حيث آثاره وهو حكم لا بد أن يبنى على نظام

قانونى وضعى سابق على الإرادة (١) وكفينا هنا أن قاعدة اسناد العلاقات المعقدة الى قانون الإرادة بالأولية على أى اسناد آخر قد استقرت فى القانون الدولى الخاص استقرارا يجعلها حقيقة من حقائقه لا جدوى من المجادلة فيها .

وبالنسبة لعلاقات النيابة تجمع الآراء على أن الإرادة التى يعتد بها فى تحديد القانون واجب التطبيق عليها هى إرادة الأصل وحده فالقانون الذى يختاره الأصل فى الإثابة الصادرة عنه هو الذى يحكم علاقة النيابة فإذا لم يختار الأصل مثل هذا القانون استبعدنا تطبيق قانون الإرادة وتعين علينا البحث عن حل آخر من حلول تنازع القوانين بشأن علاقة النيابة (٢) .

ولا شبهة فى أن الأصل متى حدد فى الإثابة الصادرة عنه القانون الذى يختار تطبيقه على علاقة النيابة فإن ذلك القانون يكون هو المنطبق عليها فالأصل هو الذى ينشئ الإثابة وإرادته هى التى تحدد مداها وكافة الأوضاع المرتبطة بها بما فيها القانون واجب التطبيق على علاقات النيابة ذات العنصر الأجنبى .

على أن الإثابة إذا لم تتضمن مثل هذا الاختيار الصريح لقانون معين يكون أماننا وضمان علينا أن نحدد حكمهما من حيث تنازع القوانين وهذان الوضعان هما :

١ - خلو الإثابة من اختيار صريح لقانون معين بينما يكون

(١) انظر فى هذه الاستفسارات وفى ردها : جرافيليس ، للرجع السابق بند ٦٩ .
٨٠ - والدكتور هشام على صادق : تنازع القوانين ، الطبعة الثالثة ، الاسكندرية ١٩٧٤ .
البند ١٨٣ .

(٢) هذا رأى لم يخرج عليه أحد من كتبتوا فى الموضوع حتى فراسوار نحو صاحب أحدث دراسة جامعة فى تنازع القوانين فى النيابة ، انظر كتابه الذى سبقته الإشارة اليه من ١١٣ وما بعدها .

الأصيل قد حدد لنائبه فيما بينهما القانون الذى يختاره لحكم علاقة النيابة ، وهذا الوضع حكمه حكم سائر تعليمات الأصيل الى نائبه (انظر آتفا البنود ١١٥ - ١١٧) فما لم يثبت أن الغير الذى تعامل معه النائب كان على علم بهذا الاختيار فإن القانون الذى حدده الأصيل بهذه الصورة لا يسرى على علاقة النيابة بوصفه قانون الإرادة .

٢ - اختيار النائب والغير الذى يتعاقد معه لقانون معين فى حالة خلو الانابة من اختيار القانون واجب التطبيق ، وعندنا أن مثل هذا الاختيار ينبغى أن يترتب عليه أثره من حيث تحديد القانون المنطبق على علاقة النيابة ، ذلك أن النائب والغيرهما المتعاقدان المنشئان للعقد بإرادتهما ولادخل لإرادة الأصيل فى انشاء هذا العقد بصورة مباشرة (انظر آتفا البنود ٥٥ و ٥٧ و ٦٦) ولما كانت قاعدة التنازع الأصلية فى مجال العقود هى استنادها الى القانون الذى يختاره المتعاقدان فإن اختيار النائب والغير لقانون معين يودى الى القول بأن ذلك القانون الذى اختاراه هو قانون الإرادة وأنه ينطبق بهذا الوصف على علاقة النيابة .

ويبدو أن استبعاد مثل هذا الحل والاقتصار فى مجال علاقات النيابة على القانون الذى يختاره الأصيل وحده يرجع الى الرغبة فى مراعاة جانب هذا الأخير وحياطة مصلحته على أن هذا الاعتبار مردود من أكثر من وجه :

(١) أن طبيعة علاقات النيابة ذات العنصر الأجنبى تجعل انطباق واحد من قوانين وطنية متعددة على هذه العلاقة أمرا لا يمكن أن يفسب عن ذوى الشأن فيها قلوبهم الأصيل أن يحول دون اختيار النائب والغير لقانون معين فلهذه من أول الأمر الوسيلة المؤدية لذلك ألا وهى اختيار القانون المنطبق على العلاقة بإرادته هو فى الانابة التى تصدر عنه .

(ب) ان تحديد القانون المطبق على عاقله يبايه ذاب عنصر اجنبى تعتبر من التوايح الضرورية للتصرف المناب فيه ويدخل هذه الصفة فى نطاق سلطة النائب (م ٧٠٢/٣ مدنى مصرى) متى كان هذا النائب مكلفا بالتعاقد لحساب الاصيل فى الخارج الا أن ينص الاصيل على الحد من هذا النطاق الذى يرسمه القانون نفسه لمدى النيابة .

(ج) أن اختيار النائب والغير لقانون معين ليس على أية حال أمرا متروكا لمطلق هواها فالمقرر بشأن تحديد قانون الارادة بوجه عام أن يقع اختيار المتعاقدين على أحد القوانين الوطنية التى تصلها بالعلاقة صلة قائمة على اعتبارات موضوعية تربط بين العلاقة وبين مجال ذلك القانون فليس للمتعاقدین اذن أن يختارا قانون بلد لا صلة له أصلا بأى عنصر من عناصر العلاقة المقدية (١) وعلى ذلك ينحصر الاختيار المتروك للنائب وللغير الذى يتعاقد معه فى عدد محدود من القوانين الوطنية المتصلة ببعض عناصر العلاقة وهى قوانين كان فى وسم الاصيل - بل كان ينبغي عليه - أن يتوقع انطباق أحدها على علاقة النيابة وله ان شاء أن يتحاشى هذا الانطباق أن يختار ابتداء القانون الذى يريد له أن يصرى على علاقة النيابة دون غيره أو أن يحد من مدى النيابة بما يخرج عنه صراحة اختيار القانون واجب التطبيق .

وجملة القول فى قانون الارادة الذى يصرى على علاقات النيابة

(١) انظر فى هذا المعنى باتينول : النظام الفلسفلى بند ٣٧ - ٤٠ (ص ٨٢ - ٨٦) وباتينول : القانون الدول الخامس ، الطبعة الرابعة باريس ١٩٦٧ بند ٥٧ . وانظر عرضا وائيا لهذا الرأى الرابع الذى تأخذ به وللرأى المخالف الذى يلحظ الى اطلاق حرية اختيار القانون للتطبيق على العقد فى رايبيل : « تنازع القوانين ، دراسة مقارنة » ج ١ ص ٩٠ - ٩٤ وج ٢ ص ٢٥٩ - ٢٦٧ .

Rabel, The Conflict of Laws, A Comparative Study, Vol. I, Ann Arbor, 1958, pp. 90-94; Vol. II, Ann Arbor, 1960, pp. 359-427.

وانظر كذلك حشام على صادق ، المرجع السابق ، البند ١٨٥ .

أنه هو القانون الذى يختاره الأصل فى الاثابة الصادرة عنه فان خلت الاثابة من اختيار صريح وكان الغير لا يعلم باختيار اخر للأصيل سرى على علاقة النيابة القانون الذى يختاره النائب والغير فى العقد المبرم بينهما .

٢٠٤ - اذا تخلف قانون الارادة بمعنى أنه ان لم يكن الأصل او المتماقدان قد اختارا القانون المنطبق على علاقة النيابة - على التفصيل المتقدم - تعين البحث عن حل لتنازع القوانين من بين الحلول المختلفة التى استعرضناها فى المبحث الثانى من الفصل الأول من هذا الباب .

ومن هذه الحلول ما نرى أن اطراحه لا يحتاج الى طويل تدبر لظهور ضعف الاسانيد التى يقوم عليها أو فسادها ومنها على أية حال ما هو قليل الاتباع فى القانون الدولى الخاص فقها وتطبيقا ، ومن هذه الحلول التى نستبعدا : -

١ - اسناد علاقة النيابة الى القانون الشخصى للأصيل : وهو نما قانون جنسيته واما قانون موطنه بحسب ضابط الاسناد المأخوذ فى الاعتبار ، وهذا الحل لا يلتفت فى علاقة النيابة ذات الصبغة الدولية الا الى عنصر واحد من عناصرها المتعددة ويرجح كفة ذلك العنصر الواحد على كفة باقى العناصر وان اجتمع عدد منها فى دولة غير دولة الأصل واتمت بذلك العلاقة الى تلك الدولة أكثر من اتماها الى دولة الأصل ، فكان هذا الحل لا يفرق بين علاقة النيابة الوطنية البحتة وعلاقة النيابة ذات الصبغة الدولية بينما قواعد الاسناد يجب أن تقوم على أساس مراعاة الطبيعة الخاصة للعلاقات القانونية الدولية وأن تخضع تلك العلاقات للقانون الأجدر بالانطباق عليها وهو القانون الذى تتركز فى مجال تطبيقه المكاني معظم عناصر العلاقة أو أكبر مجموعة منها .

هذا وان هذا الحل لا وبخاصة اذا أدى الى تطبيق قانون جنسية الأصل - لا يفرق بين العلاقات العقدية وبين العلاقات القانونية المتعلقة بالأحوال الشخصية وقد لمس هذه النقطة أحدث أنصار هذا الحل عهدا وهو الأستاذ بالادوى - باليرى الذى ظهر كتابه سنة ١٩٥٠ ولكنه بدلا من اعتبارها من المآخذ التى ترد على هذا الحل اراد اعتبارها تبريرا له اذ ذهب الى أن مكنة التصرف بطريق النيابة تعتبر بالنسبة الى الأصل من قبيل التوسيع من أهليته القانونية ولما كانت الأهلية خاضعة لقانون جنسية الشخص فكذلك هذه الأهلية الموسعة ينبغي إخضاعها لهذا القانون نفسه (١) وظهر ما فى الحاق إمكان اقامة الشخص غيره فى التصرف باسمه بالأهلية واعتباره داخلا فى نطاقها من اغفال للطبيعة القانونية الصحيحة للنيابة كنظام مرتبط بالتصرفات القانونية لا بالأهلية فأهلية الأصل لا تعتبر أضيق أو أوسع لكونه قادرا على اذابة الغير اذ الانابة لا تمتد الى أكثر من التصرفات الداخلية فى نطاق أهلية الأصل ابتداء (انظر أيضا بند ٢٣) كما أنه يكفى أن تشير الى حالات النيابة القانونية حيث الأصل فاقد الأهلية أو ناقصا لنكتنع بأن الالتجاء الى النيابة فى ابرام التصرفات القانونية ليس بحال من قبيل التوسيع من نطاق أهلية الأصل •

أما تبرير هذا الحل بأنه يقسوم على ارادة ضمنية للأصل فلا يستحق الوقوف عنده لكونه افتراضا محضا ، وكذلك تبريره بأنه يتقل رعاية مصلحة الأصل فهو مردود عليه من وجهين : الأول أن علة ترجيح مصلحة الأصل على غيرها من المصالح التى تجمع بينها علاقة النيابة غير واضحة ، والثانى أن مصلحة الأصل المقصودة فى هذا التبرير هى مصلحة مجردة تتصور فيها أن تطبيق قانونه يكون دائما

(١) بالادوى - باليرى : القانون الدولى الخاص ، ١٩٥٠ ص ١٥٤ - ١٥٦ مقارن اليه فى ريجر : المرجع السابق ص ١٢٠ •

أفضل له ينما قد يحدث في العمل أن يكون التمسك بالأحكام الموضوعية لقانون آخر أفضل للأصيل من اعمال أحكام قانونه الوطني، وبعبارة أخرى أن قواعد الاسناد وهي قواعد لا تحكم موضوع العلاقة بشكل مباشر لا يمكن القطع في شأنها بأنها في مصلحة هذا الطرف أو ذاك وإنما تكون المفاضلة في هذا الصدد بين الأحكام الموضوعية وبالنظر الى تطبيقها على كل حالة واقعية على حدتها .

ونخرج من ذلك بأن القانون الشخصي للأصيل لا يصلح لأن يكون هو القانون الأولي بحكم علاقة النيابة دون غيره من القوانين التي تتنازعها ، اللهم الا اذا اتت في الواقعة المطروح أمرها الاعتبارات الأخرى التي ترجح كفة قانون آخر على أسس موضوعية أهمها تجمع أكثر من عنصر من عناصر العلاقة في مجال تطبيق قانون وطني معين .

٢ - اسناد علاقة النيابة الى قانون موطن النائب : هذا الحل كما قدمنا آنفا (بند ١٩٥ رقم ٣) قليل عدد الأنصار وقد نادى به أصحابه على أساس أنه حل توفيقى وسط بين الاسناد الى قانون الاصيل وبين الاسناد الى قانون مكان التعاقد المفروض أنه أيضا مكان موطن الغير وهذه المثابة يعيب الاسناد الى قانون موطن النائب ما يعيب معظم الحلول التوفيقية التي لا تستند الى مبررات ذاتية بل تصدى لمجرد الموازنة بين تقيضين .

وموطن النائب لا يمكن في الواقع اعتباره ضابط اسناد يعتد به وحده في صدد علاقات النيابة فالنائب وان كان له الدور الأول في إبرام العقد الا أنه غير ذى شأن بآثاره فتطبيق قانون موطن هذا النائب على علاقة تربط طرفين يقيمان في بلدين ليس في إجماع موطن النائب أمر لا يوجد ما يبرره في الحقائق الموضوعية لعلاقة النيابة ،

خصوصا وأن موطن النائب أمر كثيرا ما تحدده الصدفة ولا يكون ملحوظا لا من الأصل حينما تصدر عنه الانابة ولا من الفير حينما يتعامل مع النائب . ثم ماذا لو كانت التعاقد قد تم بطريق النيابة عن كل من الطرفين واختلف النائبان موطنا ؟ وماذا أيضا لو تغير موطن النائب من وقت الى وقت أثناء قيامه بنشاطه لحساب الأصل خلال فترة طويلة من الزمن ؟

٣ - اسناد علاقة النيابة الى قانون العلاقة الداخلية : هذا الحل - على كثرة الدلائل به من الفقهاء - يقوم أساسا على عدم التفرقة بين وجبى النيابة : الوجه الداخلى الذى يربط الأصل بالنائب والوجه الخارجى الذى يربط الأصل بالغير نتيجة لتصرف النائب ولذا فهم يعتبرون هذا الوجه الخارجى الذى يربط الأصل بالغير نتيجة لتصرف النائب مجرد أثر من آثار الوجه الداخلى ، وهو عندهم فى الأغلب الأعم عقد وكالة ، فيخضعون علاقة النيابة للقانون نفسه الذى يسرى على عقد الوكالة .

وأول نقد يوجه الى هذا الاسناد هو أنه اسناد غير مباشر اذ يبقى أن نعرف ما هو القانون المنطبق على العلاقة الداخلية ومعرفة تقتضى أعمال قاعدة اسناد أخرى هى الخاصة بالعقود على فرض أن العلاقة الداخلية عقد .

ثم إن كيان النظرية الحديثة فى النيابة يقوم - كما رأينا - على التفرقة الجوهرية بين الانابة وبين ما قد يرتبط بها من عقد وكالة أو غير ذلك من صور العلاقة الداخلية بين الأصل والنائب ، فاسناد علاقة النيابة الى قانون العلاقة الداخلية يتجاهل النظرية الحديثة للنيابة ويشغل طيشها الصحيحة وما تستتبعه تلك الطبيعة وهكذا ترى

أن هذا الحل يطمس معالم النيابة كنظام قانوني متميز له كيانه الخاص وهو دليل على أن اسناد العلاقة القانونية - وكذلك تكييفها - يقتضى الاطاعة التامة بطبيعة تلك العلاقة فى القانون الموضوعى وأن الاسناد الذى يقوم على ادراك ناقص لطبيعة العلاقة المطلوب اسنادها يؤول الى حلول غير سليمة لتنازع القوانين •

وفضلا عن هذا العيب الجوهرى فإن ما يساق تبريرا لهذا الحل من نسبته الى ارادة الأصل الضمنية أو القول بكفالاته حماية مصلحة الأصل قد سبق لنا تفنيده بمناسبة مناقشة اسناد علاقة النيابة للقانون الشخصى للأصل فلا محل للعودة الى بابه (أنظر ما تقدم تحت رقم ١ فى هذا البند) •

٤ - اسناد علاقة النيابة الى قانون العقد الذى يبرمه النائب : هذا هو ثانى الطول التى تقوم على تجاهل الطبيعة الصحيحة لنظام النيابة فكما أن الحل السابق يلحقها بالعلاقة الداخلية كآثر من آثارها (والمقصود بالعلاقة الداخلية عقد الوكالة الذى انحصر فيه اهتمام الشراح الباحثين عن حل لتنازع القوانين) فكذلك هذا الحل الثانى يلحق النيابة بالعقد الذى يتم بطريقها وكأنها مجرد شرط أو وصف فى العقد المذكور ومن هنا يتوجه الى هذا الحل النقد الأساسى الذى وجهناه الى الحل السابق •

ومن أنصار هذا الحل الأستاذ باتيفول الذى يذهب الى اخضاع عقد الوكالة فى مجموعه لا علاقة النيابة وحدها لقانون العقد الذى يبرمه الوكيل وذلك بحجة اخضاع أوضاع مترابطة لقانون واحد ، والواقع أنه لا يوجد اعتبار موضوعى واحد يبرر سريان قانون العقد الذى يبرمه الوكيل مع الغير خارج موطن الأصل - والذى يحتل أن يكون قانونا أجنبيا - على ما بين الوكيل والموكل من التزامات

متبادلة منشؤها عقد الوكالة ولا شأن للمغير بها على الإطلاق ، فلو فرضنا أن وكيلاً عربياً عن موكل عربي تعاقد في الولايات المتحدة مع شخص مقيم بها وانطبق على مضمون هذا العقد القانون الأمريكي بوصفه قانون مكان الانعقاد أو قانون مكان التنفيذ أو بأي وصف آخر فكيف فهم أن ينطبق القانون الأمريكي على ما بين الموكل العربي ووكيله العربي من التزام بتقديم الحساب أو التزام يرد المصروفات أو غير ذلك من آثار عقد الوكالة التي تخص الوكيل والموكل دون غيرها (١) ؟ ثم إن هذا الرأي يفترض أن كل عقد وكالة لا يستهدف إلا إبرام عقد واحد بميته لا أكثر وأن قانون هذا العقد الوحيد الذي يبرمه الوكيل يسرى كذلك على عقد الوكالة ، والمشاهد في الحياة العملية أن الوكيل يعقد لحساب الموكل وبموجب الوكالة نفسها عدداً من العقود قد لا يتحد مكان انعقادها وقد تتعدد القوانين التي تنطبق عليها فأي هذه القوانين المتعددة يسرى على عقد الوكالة وأين في هذه الصورة التبرير المستند إلى وحدة القانون الذي يسرى على أوضاع مترابطة (٢) ؟ لا شك أن بعد هذا الحل عن الصواب - فضلاً عن فساد أساسه النظري - أمر ظاهر .

(١) تارذ الفقرة الثانية من المادة الأولى من المشروع للعمل للقانون الموحد بشأن النيابة الذي أعدته اللجنة الدولية لتوحيد القانون الخاص وصدر عن المعهد سنة ١٩٧١ ونصها : « ومع ذلك فإن أحكام هذا القانون التي تخص علاقة الأصيل بالنايب لا تنطبق متى كان موطناً أصليهما والذين في دولة واحدة » - ومؤدى هذا النص أن وصفي المشروع ، وقد اختاروا أن يضمّنوه تنظيمًا للملاحة الداخلية بين الأصيل والنايب ، أرادوا مع ذلك أن تظل تلك الملاحة بين أصيل ونايب متوطنتين في إقليم دولة واحدة محكومة بالقانون الوطني لا بأحكام القانون الموحد التي لا تسرى في مثل تلك الحالة إلا على الوجه الخارجي من علاقة النيابة .

(٢) تنبه الأستاذ باتيلول إلى هذا الاعتراض فأشار في الطبعة الرابعة من كتاب « القانون الدولي الخاص » باريس ١٩٦٧ ، بند ٦٠٣ حاشية ٤٣ إلى أن انخراط عقد الوكالة للقانون الذي يحكم العقد الذي يبرمه الوكيل لا محل له من الإعراب كان المقروض أن يبرم الوكيل عقوداً متعددة في دول مختلفة .

٢٠٥ — بعد استبعاد الطول المتقدمة يتبقى لدينا اسناد علاقة النيابة الى قانون المكان الذي تعاقد فيه النائب وحجة أصحاب هذا الحل أن تصرف النائب هو حجر الزاوية في علاقة النيابة لكونه الصلة التي تربط طرفي العلاقة العقدية : الأصل والغير ، فالمكان الذي يتم فيه هذا التصرف يعتبر ضابط اسناد موضوعي يكفي لتبرير اخضاع علاقة النيابة للقانون المنطبق فيه ، ثم أن هذا الحل يتفق واستقرار المعاملات ويكفل أن تسيح الثقة بين المتعاملين عبر حدود الدول المختلفة إذ أن من حق الغير الذي يتعامل مع النائب في دولة معينة — المفروض انها موطن الغير — أن يطمئن الى أن الآثار التي سترتب على عقده هي تلك التي يحددها قانونه الوطني والى أن للنائب من السلطات مثل المائتاب يتعاقد في الظروف عينها في إطار هذا القانون الوطني .

على أنه يجب التنبيه الى أن المكان الذي يتعاقد فيه النائب ليس هو بالضرورة مكان انعقاد العقد وبخاصة في العقود بين غائبين فالقصد بكان التعاقد هو المكان الذي يباشر فيه النائب نشاطه لحساب الأصل سواء كان هذا النشاط متدا في الزمان على فترة طويلة مما يقتضي أن يتخذ النائب مقرا لأعماله في مكان معين أو كان نشاطا عرضيا يقتصر على إبرام عقد واحد بالذات فالقصد بكان التعاقد في الحالتين هو المكان الذي يصدر فيه عن النائب التعبير عن ارادته وهو تحديد موضوعي من السهل على المتعاملين مع النائب وعلى الأصل أيضا أن يعرفوا عليه وأن يحيطوا علما بالقانون المنطبق فيه .

وهذا الحل يتجنب الاعتراضات التي ترد على الحلول الأخرى ويقترب أكثر منها مما تقتضيه الطبيعة المتميزة لملاقات النيابة في مجال الاسناد ، على أننا نرى أن الاعتداد بالمكان الذي تصرف فيه النائب لا يكفي وحده للقول بتركز علاقة النيابة في بعض الصور في هذا

المكان وذلك كما لو تصرف النائب في بلد ليس هو البلد الذي به مقر أعماله وليس هو البلد الذي به موطن أى من الطرفين ، فلا بد إذن من أن ينقسم الى مكان تصرف النائب ضابط آخر ليكون من شأن اجتماعهما القول بأن مركز الثقل في علاقة النيابة كائن في مكان معين وامكان اسناد العلاقة الى قانون هذا المكان بوصفه القانون الذي تربطه بالعلاقة روابط أمتن مما يربط بينها وبين أى قانون آخر .

ولتوضيح ذلك نأخذ مثالا غير نادر الوقوع في العمل هو مثال النائب الذي يحترف النيابة عن الغير ويكون له مقر في إحدى المدن المتخصصة في خدمات التجارة الدولية كبيروت أو جنيف فلو تعاقد مثل هذا النائب باسم أصيل متوطن في القاهرة مع رجل أعمال انجليزي أثناء مرور هذا الأخير بالمدينة التي بها مقر النائب فهل يكفي المكان الذي تصرف فيه النائب (بيروت أو جنيف في مثالنا) كضابط اسناد لعلاقة النيابة الى القانون اللبناني أو القانون السويسري بينما أن تلك العلاقة تربط طرفين لا صلة لأيهما بالقانون اللبناني أو بالقانون السويسري الا الصلة العرضية المتمثلة في وجود مقر نائبه في إحدى هاتين الدولتين ؟ لاشك أن الاسناد الى قانون المكان الذي تصرف فيه النائب يبدو في مثل هذه الصورة اسنادا مفتقرا الى أساس سليم يبرر ادخال العلاقة في مجال ذلك القانون وهذا هو ما نعنيه بضرورة تضمين ضابط اسناد آخر الى ضابط المكان الذي تصرف فيه النائب لامكان الاسناد الى قانون ذلك المكان اسنادا سليما وهذا الضابط الآخر هو في رأينا وجود موطن أحد الطرفين (الغير أو الأصيل) في المكان نفسه الذي تصرف فيه النائب فتوافق مكان التعاقد مع موطن أحد الطرفين كاف لترجيح كفة قانون ذلك المكان اذ يجتمع فيه من

بالقول بأن علاقة النيابة تنتمي الى مجال القانون الوطنى المنطبق فى ذلك المكان .

أما اذا تخلف هذا التوافق بين مكان تصرف النائب وبين موطن أحد الطرفين فلا يبقى لدينا - والحال أن المكان الذى تصرف فيه النائب لا يكفى وحده ضابطا للاسناد - الا الخيار بين قانون موطن الأصل وبين قانون موطن الغير الذى تعاقد مع النائب وهما الطرفان اللذان ربط بينهما التصرف الذى تولاه النائب باسم الأصل ، وبين هذين القانونين نرى أن قانون موطن الأصل هو الأولى بالتطبيق لا على أساس الخلط بين علاقة النيابة وبين العلاقة الداخلية ولا لمجرد حياطة مصلحة الأصل بالأفضلية على مصلحة الغير وانما لاعتبار متعلق بطبيعة علاقة النيابة فشخص الأصل هو نقطة البداية فى هذه العلاقة والانابة الصادرة عنه هى التى مكنت لتصرف النائب من أحداث آثار قانونية تمس الأصل والغير الذى تعاقد معه النائب معا ومتى افتقرت الواقعة المطروحة الى ضوابط اسناد أخرى كان موطن الأصل الذى صدرت عنه الانابة هو ضابط الاسناد الذى يبدو فى النهاية أنه الأولى بتحديد القانون واجب التطبيق على علاقة النيابة (١) .

٢٠٦ - أما علاقات النيابة الظاهرة والنيابة المستمدة من وضع يشغله النائب بالنسبة للأصل فإن حيزها المكاني - وبالتالي القانون المنطبق عليها - سهل التحديد اذ هو يتحدد بالمكان الذى تجلت فيه المظاهر الواحة للغير بوجود الانابة أو المكان الذى يشغل فيه النائب الوضع الذى تترتب عليه النيابة فقانون هذا المكان هو الذى

(١) لارن فى مسند هذه البيع ثلاثة ٢٥ من الفروع التمهيدى للقانون للدكتور () والتي لم يتضمنها التقنين بالشكل الذى صدر به () وهى تستند على البيع أساسا الى قانون موطن البالغ على اعتبار أن شخص البالغ هو نقطة البداية فى علا البيع وسوله . تنحصر تلك العلاقة - وحده للذة منقولة من الفروع التى أمدته جاء القانون الدولى فى مؤتمرا الثالث والأربعين للتحفة فى فيينا سنة ١٩٦٦ .

يحكم انصراف آثار تصرف النائب الى الأصيل رأسا وهو الذى يحدد مدى نيابة النائب (١) . ويوجد بالنسبة للنيابة المستمدة من وضع يشغله النائب استثناء واحد تجمع عليه قوانين كل الدول هو نيابة ريان السفينة عن المجهز والشاحنين فقانون الدولة التى ترفع السفينة علمها هو الذى يسرى على نيابة الريان فيحدد آثارها ويرسم مداها (٢) .

٢٠٧ - وأخيرا فان قاعدة اسناد علاقات النيابة الاختيارية يمكن أن يصوغها كما يأتى :

« يسرى على علاقات النيابة الاختيارية (الاتفاقية) القانون الذى يختاره الأصيل فى الانابة الصادرة عنه أو القانون الذى يحدده الأصيل لثأبه ويعلم به الغير المتعاقد مع النائب ، والا فالقانون الذى يحدده النائب والغير فى العقد الذى يبرماته ، والا فقانون المكان الذى تصرف فيه النائب اذا توافق هذا المكان مع موطن أحد الطرفين (الغير المتعاقد مع النائب أو الأصيل) والا فقانون موطن الأصيل .

(١) يطبق القضاء الفرنسى حكم المادة ٢٢٠ مذهب فرنسى على الزوج الأجنبى بالنسبة لما تبرمه زوجته فى فرنسا من نفقة مصلفة يشترط منزل الزوجية . انظر باتيلول : القانون الدولى الخامس ، الطبعة الرابعة ، باريس ١٩٦٧ ، بند ٤٢٧ والأحكام لقضاء اليها ثمة . وهذا القضاء يتفق وما جاء بملحق من اختصاع علاقات النيابة للترقية على وضع يشغله النائب بالنسبة للأصيل الى قانون المكان الذى يشغل فيه النائب ذلك الوضع ، على أن يفسر الأحكام الفرنسية قد جارت التكيف التكميل البحت لهذه العلاقة بأنها اثر من آثار الزواج بالنظر الى موضع المادة ٢٢٠ من المجموعة المدنية ، فاحتاجت لذلك الى استبعاد تطبيق القانون الأجنبى حمية للغير حسن النية ، ولا صعوبة أصلا فى مثل هذا الوضع متى كلفنا العلاقة على أنها علاقة نيابة وأجربنا عليها حكم قاعدة الاسناد الخاصة بعلاقات النيابة للترقية على وضع يشغله النائب فأنضمنا العلاقة بذلك مباشرة الى قانون المكان الذى شغل فيه النائب ذلك الوضع : انظر بونيكس جيكبة السنين الابتدائية الصادر فى ١٢ يونيو ١٩٦٣ فى قضية شركة جان ديميه ضد الملك السابق فاروق والسيدة نازيمان صادق وللشار الى ١٩٦٣ بند ٨٩ مكرر . انظر أيضا : ريان سفينة (٢) انظر رابيل جى ص ١٥٠ - ١٥٤ .

ويسرى على علاقات النيابة الظاهرة أو النيابة المستتدة من وضع يشغله النائب قانون المكان الذى تجلت فيه المظاهر الموجبة بوجود النيابة أو الذى يشغل فيه النائب الوضع الذى ترتب عليه النيابة ، ومع ذلك فإن نيابة الريان عن المجهز والشاحنين يسرى عليها قانون الدولة التى ترفع السفينة علمها » .

٢٠٨ - وبالنسبة للنيابة الاختيارية اتفقت الدول أعضاء مؤتمر لاهاي للقانون الدولى الخاص ، ومن بينها مصر ، على توحيد قواعد تنازع القوانين بشأنها اذ أقر المؤتمر فى دورته الثالثة عشرة سنة ١٩٧٧ « اتفاقية بشأن القانون واجب التطبيق على النيابة » وهى السابعة والعشرون من اتفاقيات لاهاي (١) .

وبالرغم مما فى صيغة عنوان الاتفاقية من صيغة العموم فإن نطاقها لا يشمل الا النيابة الاختيارية وذلك بصريح نص المادة الثانية التى تخرج من نطاق الاتفاقية الأوضاع الآتية :

— النيابة القانونية فى نطاق قانون الأسرة والنظم المالية للزواج أو فيما يتصل بالموارث .

— النيابة الناشئة عن حكم قضائى أو قرار شبه قضائى أو التى تخضع للإشراف المباشر لسلطة قضائية أو شبه قضائية .

— النيابة عن الخصوم أمام القضاء أو الهيئات شبه القضائية .

— نيابة الريان عن مالك السفينة والشاحنين التى ترتب له على تلك الصفة .

(١) أنظر نص الاتفاقية باللغتين الإنجليزية والفرنسية فى *Conférence de La Haye de droit international privé, Recueil des conventions (1951-1977)* pp. 252-263.

وحتى مثول هذا الكتاب للطبع لم يكن قد تم التصديق على هذه الاتفاقية من جانب أية دولة من الدول الأعضاء فى مؤتمر لاهاي .

فكان المادة الثانية لم تنص فقط على اخراج حالات النيابة القانونية بالمعنى الضيق بل أخرجت من نطاق الاتفاقية أيضا بعض حالات النيابة المترتبة على وضع يشغله النائب بالنسبة للأصيل (انظر آثا البندين ٩٢ ، ٩٣) مثل نيابة الزوجة عن زوجها في شئون منزل الزوجية ونيابة ربان السفينة عن مالكيها ومالكي البضاعة المشحونة عليها .

كذلك فإن المادة الثالثة تستثنى من أحكام الاتفاقية حالة عضو الاتفاقية ، وهذا يتفق والرأى الراجح في الفقه من عدم اعتبار العضو نائباً (راجع آثا البند ٩٧) كما تستثنى المادة الثالثة من نطاق الاتفاقية حالة الأمانة على المؤسسات التي يعرفها القانونان الانجليزي والأمريكي باسم trust اذ لا تعتبرهم نوابا لا عن المؤسسة ولا عن منشئها ولا عن المستحقين .

٢٠٩ - ومع كون الاتفاقية مقتصرة التطبيق على حالات النيابة الاختيارية دون سواها فإن المادة الأولى تسوى بين حالة تعامل النائب باسم الأصيل وحالة تعامله باسمه هو شخصيا فتخضع الحالة الثانية أيضا لأحكام الاتفاقية . وقد أشارت الأعمال التحضيرية الى أن القانون الأنجلو - أمريكي يعرف نظام الأصيل المستتر ويعتبر تطبيقاته من صميم حالات النيابة (وكذلك تفعل الشريعة الاسلامية ، راجع آثا البند ١٥٤) ولذلك كان لابد أن تتسع أحكام الاتفاقية لهذه الحالات ان كان يراد لها أن تكتسب صفة الشمول وأن تبتناها الدول التي تنتمي نظمها القانونية الى القانون الانجليزي ، وتضيف الأعمال التحضيرية أن ادخال حالات تعامل النائب باسمه هو في نطاق الاتفاقية من شأنه أن تخضع لأحكامها حالات الوكالة بالعمولة في قوانين الدول

ذات النظم القانونية اللاتينية (١) • وواضح أن الوكيل بالعمولة في تلك القوانين وكيل غير نائب اللهم الا في الحالة التي يستوى فيها لدى الغير أن يتعاقد مع الموكل أو مع الوكيل بالعمولة (قارن المادة ١٠٦ مدنى مصرى وراجع آقا البند ١٤١ وما بعده) ومع ذلك فإن ادخال الوكالة بالعمولة فى نطاق الاتفاقية له ما يبرره من حيث أن الاتفاقية لا تقتصر على توحيد قواعد الاسناد بشأن النيابة بالمفهوم الذى حددناه آقا فى البند ١٨٨ بل تتعرض كذلك فى الفصل الثانى منها (المواد ٥ الى ١٠) الى علاقة النائب بالأصيل فتوحد قواعد الاسناد بشأنها كذلك ، وواضح أنه بالنسبة لتلك العلاقة الداخلية تستوى الوكالة المقترحة نيابة والوكالة التى لا نيابة فيها •

٢١٠ - ولا تتعرض هنا لاحكام اتفاقية لاهاي الجديدة بشأن تنازع القوانين حول العلاقة الداخلية بين النائب والأصيل التزاما منا مفهوم علاقة النيابة الذى حددناه فى مطلع هذا الباب وقلنا على أساسه ان بحثنا يقتصر على تنازع القوانين حول اضافة آثار تصرف النائب الى الأصيل وما يتصل بذلك من تحديد مدى نيابة النائب وهما أمران يخصان الوجه الخارجى لعلاقة النيابة دون الوجه الداخلى منها الذى يحكم علاقة النائب بالأصيل • والظاهر من الأعمال التحضيرية وكذلك من الفرض الذى كانت تستهدفه الدول من هذه الاتفاقية الجديدة أن المقصود بتطبيق أحكامها بالدرجة الأولى حالات النيابة فى التجارة الدولية وحالات التعامل عبر حدود الدول بصفة مستمرة غير عرضية ، ولحترفى الوكالة والوساطة فى هذين المجالين دور هام فى التبادل الدولى ولهم مصالح تحميها تشريعات بعض الدول على وجه غير موحد ، لذلك رأى واضعو الاتفاقية توحيد قواعد التنازع فيما

يتصل بالعلاقة الداخلية بين النائب والأصيل أو بين الوكيل والموكل وأن لم تكن ثمة نيابة . أما نحن فالتزاما منا بخطة البحث التي رسمناها تتجاوز هنا عن أحكام الفصل الثاني من الاتفاقية الذي يتناول قواعد الاسناد فيما يتعلق بعلاقة النائب بالأصيل وتنقل الى الفصل الثالث الذي يوحّد قواعد اسناد علاقة النيابة بالمفهوم الذي حدّدناه .

٢١١ - تسند اتفاقية لاهاي الجديدة الوجه الخارجى من علاقة النيابة الى قانون الارادة أولا ، ثم الى قانون الدولة التى تصرف فيها النائب اذا تخلف قانون الارادة وأخيرا الى قانون الدولة التى يصا مقر أعمال النائب المهنية اذا لم ينطبق قانون الدولة التى تصرف فيها النائب ، وذلك كله على التفصيل الآتى : -

قانون الارادة : تنص المادة ١٤ على أنه اذا حدد الأصيل أو الغير المتعاقد مع النائب القانون واجب التطبيق على علاقة النيابة وكان ذلك التحديد بالكتابة وقبله الطرف الآخر صراحة فإن ذلك القانون هو الذى ينطبق على علاقة النيابة .

ويلاحظ تشدد الاتفاقية فى طلب تحديد القانون واجب التطبيق بالكتابة وفى طلب كون قبول الطرف الآخر (الغير اذا كان الأصيل هو الذى اختار قانون الارادة كتابة والأصيل اذا كان الغير هو الذى اختاره كتابة) قبولاً صريحاً لا ضمناً وهذا التشدد بالنسبة لتحديد قانون الارادة الذى يحكم العلاقة الخارجية للنياية يقابله التساهل فى تحديد قانون الارادة الذى يحكم العلاقة الداخلية بين النائب والأصيل اذ تنص المادة الخامسة على أن القانون الذى يختاره الأصيل والنائب هو الذى يحكم علاقتهما وأن ذلك الاختيار قد يكون صريحاً وقد يستخلص استخلاصاً معقولاً من أحكام اتفاقهما أو من ظروف الحال . كما يلاحظ أن الاتفاقية لا تجعل للنائب شأنًا فى تحديد قانون

الارادة وهي في ذلك تتمشى وما هو مقرر قضاها . ومع ذلك فان هنالك حججا قوية يمكن أن تساق ثبريرا للاعتداد بقانون الارادة الذى يختاره النائب ويعلم به الغير المتعاقد معه (راجع آتصا البند ٢٠٣) .

قانون المكان الذى يتصرف فيه النائب : اذا تخلف قانون الارادة فان المادة ١١ من الاتفاقية تنص على تطبيق قانون الدولة التى تصرف فيها النائب شريطة أن ينضم ضابط اسناد آخر الى ضابط المكان الذى يتصرف فيه النائب وضابط الاسناد الآخر المذكور هو أحد العوامل الآتية :-

١ - أن تكون الدولة التى تصرف فيها النائب هى الدولة التى بها مقر أعمال الأصيل أو محل اقامته المعتاد ان لم يكن له مقر أعمال ، وذلك متى كان تعاقد النائب باسم الأصيل .

٢ - أن تكون الدولة التى تصرف فيها النائب هى الدولة التى بها مقر أعمال الغير المتعاقد مع النائب أو محل اقامته المعتاد ان لم يكن له مقر أعمال .

٣ - أن يكون النائب قد تعامل فى بورصة أو بالمزاد العلنى .
وواضح أن الاتفاقية قد اعتبرت أن انضمام أحد الضوابط الثلاثة السابقة الى ضابط المكان الذى تصرف فيه النائب من شأنه أن يوجد صلة قوية بين ذلك المكان وبين علاقة النيابة بحيث يمكن القول بأن مركز الثقل فى تلك العلاقة يقع فى ذلك المكان مما يبرر اسناد العلاقة الى قانونه (راجع آتصا البند ٢٠٥) .

وتضيف المادة ١١ حالة أخرى ينطبق فيها قانون الدولة التى تصرف فيها النائب ولو لم يوجد فى الواقعة ضابط اسناد آخر وتلك هى حالة عدم وجود مقر أعمال مهنية للنائب أى حالة النائب

غير المحترف ، وبذلك نصل الى الأستاذ الثالث الذى تنص عليه المادة ١١ وهو الإسناد الى :

قانون المكان الذى به مقر أعمال النائب المهنية : وينطبق هذا القانون اذا لم يكن الأصل أو الغير قد اختار تطبيق قانون معين وقبل الآخر هذا الاختيار طبقا للمادة ١٤ ، ثم لم يكن النائب قد تصرف فى دولة بما مقر أعمال أحد طرفى العقد أو محل اقامته المعتاد ولم يكن تعامله فى بورصة أو بطريق المزاد العلنى ، ففى حالة تخلف قانون الارادة ثم تخلف تطبيق قانون الدولة التى تصرف فيها النائب تتجلى الأهمية الكبيرة التى تعلقها اتفاقية لاهائى على الدور الذى يقوم به فى المعاملات عبر حدود الدول محترفو النيابة مثل الوكلاء التجاريين وغيرهم من الوسطاء فى التجارة الدولية الذين يتخذون لنشاطهم المهنى مقارا ثابتة (أو بتعبير الاتفاقية *établissement professionnel*) فمثل هذا المقر معلوم للأصيل وللغير المتعاقد مع النائب بحيث يتسنى لهما معرفة القانون المنطبق فيه والذى سيحكم علاقة النيابة التى يكون نشاط النائب المحترف حجر الزاوية فى انشائها (١) ، ولهذا الاعتبار تسند الاتفاقية علاقة النيابة الى قانون الدولة التى بها المقر المهنى للنائب اذا لم يكن طرفا العقد قد اختارا تطبيق قانون آخر معين ثم اذا تعذر بعد ذلك تطبيق قانون الدولة التى تصرف فيها النائب لعدم انضمام ضابط اسناد آخر الى ذلك الضابط الأول حالة كون النائب من محترفى النيابة عن المتعاقدين فى المعاملات عبر حدود الدول .

وواضح مما تقدم أن تطبيق قانون الدولة التى بها المقر المهنى للنائب يقتصر على الحالات التى يكون فيها هذا الأخير من محترفى النيابة ، أما الحالات التى لا يكون فيها النائب محترفا فلا تنص

(١) انك كان للنائب المحترف اكثر من مقر مهنى فلان المادة ١١ تنص على الاستناد بذلك المقر الذى يكون اوقت صلة بصرفقات النائب التى يشور تنازع القوانين بمناسبتها .

الاتفاقية إلا على استأدين هما الاستناد إلى قانون الإرادة ثم الاستناد إلى قانون الدولة التي تصرف فيها النائب غير المحترف بغير حاجة إلى أن ينضم ضابط استناد ثان إلى ضابط المكان الذي يتصرف فيه مثل ذلك النائب .

٢١٢ - وبالنسبة لتطبيق قانون المكان الذي تصرف فيه النائب قد تنور صعوبة في تحديده في حالة التعاقد بين غائبين مع اختلاف القوانين الوطنية في تحديد مكان الانعقاد الحكمي للعقد بين الغائبين ، وقد واجهت اتفاقية لاهاي هذه الصعوبة في المادة ١٣ منها التي تنص على أنه في الحالة التي يكون فيها اتصال النائب مع الغير المتعاقد الموجود في دولة أخرى بطريق البريد أو البرق أو المبرقة الكتابة « التلكس » أو الهاتف أو بوسيلة أخرى مشابهة فإن النائب يعتبر أنه قد تصرف في المكان الذي به مقر أعماله المهنية أو به محل إقامته المعتاد إن لم يكن له مقر مهني .

٢١٣ - وأخيرا فإن اتفاقية لاهاي تخضع مسؤولية النائب قبل الغير عن تجاوزه حدود نيابته أو عن تعاقد من غير صفة له في النيابة عن الأصل ، إلى القانون نفسه المنطبق على علاقة النيابة طبقا للأحكام السابقة التي تضمنتها الاتفاقية (المادة ١٥) .

خاتمة

لعل في الصفحات المتقدمة ما أثار للقارئ سبيل النظرية العامة للنيابة في التصرف القانوني مستخلصة من تطبيقاتها المتعددة في القانون المدني ومتميزة في الوقت عينه بقواعدها العامة عن القواعد الخاصة التي تحكم كلا من تلك التطبيقات على افراد .

وقد حاولنا خلال دراستنا السابقة أن نبرز ما للنظرية العامة للنيابة من أهمية بالغة في نطاق القانون المدني وهي أهمية لا تقتصر على التطبيقات التقليدية للنيابة وانما تنبسط - اعمالا للقواعد العامة في النيابة - على كل وضع نجد فيه تصرفا قانونيا ترجع آثاره مباشرة الى شخص لم يشترك في ابرامه مع بقاء مبرم التصرف بمنجاة من تلك الآثار .

وهذه الأهمية التي تزداد على الزمن تبعا لاطراد تعقد الحياة الحديثة وتشابك علاقات الأفراد في المجتمع الواحد وعبر حدود الدول، من شأنها أن ترينا في النيابة شيئا أكبر من مجرد وصف يعرض للتصرف القانوني كما تعرض له الأوصاف المعروفة ، فالواقع أن النيابة ليست مجرد عنصر عرضي في التصرف القانوني وانما هي عنصر أصيل فيه .

ذلك أن التصرف القانوني - وهو الثوب الذى يظهر فيه فى الحياة القانونية الجانب الأكبر من روابط الأفراد فى المجتمع - انما يتعقد بطريقتين : طريق الأصالة وطريق النيابة ، ومن تقرير الواقع المنموس أن يقال ان الطريق الثانى - طريق النيابة - لم يعد فى العصر الحديث الطريق الاستثنائى القليل طاقوه وانما هو يضارع فى الأهمية العملية الطريق الأصل لانهقاد التصرف القانونى بحيث يتعين أن نرى فى النيابة صورة من صورتى انعقاد التصرف القانونى لا مجرد عنصر يعرض للقليل من التصرفات القانونية .

ولقد اتهمنا من دراستنا التحليلية للارادة التعاقدية فى التصرفات انحصارها بطريق النيابة الى القول بنسبة تلك الارادة الى النائب دون الأصل وخرجنا من ذلك - فى ختام الباب الثانى من الكتاب الأول - اننى تفسير لطبيعة النيابة بنيانه على الوظيفة الاجتماعية للتصرف القانونى وقد استتبع هذا التفسير لطبيعة النيابة اعتبارها نظاما خاصا مستقلا عن سائر النظم المدنية التى حاول البعض ادخالها ضمن بعضها ولهذا النظام الخاص على هذا الوضع أحكامه الخاصة به وهى التى تناولناها فى الكتاب الثانى من هذا المؤلف .

وعندنا أن كثيرا من الخلاف الذى كان - ولا يزال - محتدما حول الطبيعة القانونية للنيابة ، وكثيرا من النظريات المختلفة التى ظهرت لتفسير تلك الطبيعة انما يرجع الى التأثير البالغ الذى لنظرية الالتزام على التفكير القانونى قديما وحديثا . فالنظرية العامة للالتزام هى عند الغالبية العظمى من الفقهاء قطب الرحى فى القانون المدنى وهى المحور الذى تدور حوله - وتستمد منه - كل المبادئ المدنية العامة .

والنيابة فى التصرف القانونى منظورا اليها من زاوية الالتزام حرية أن تثير - كما أثارت فعلا - كثيرا من المشكلات يمكن ردها

عموما الى ما فى ارتباط شخص بإرادة غيره من شذوذ فى منطق نظرية الالتزام الذى مؤداه أن التصرف القانونى كمصدر للالتزام لا يصيب بآثره ذلك الا شخص المتصرف دون سواه .

ولقد كن من أثر تسلط نظرية الالتزام على الأدب القانونى أن ظهرت تلك المحاولات التى استهدفت تفسير طبيعة النيابة على صورة لا تخرق منطق قواعد النظرية العامة للالتزام ، وذلك كالنظرية التى تنسب الارادة التعاقدية فى التصرف الحاصل بطريق النيابة الى الأصل دون النائب حتى لا يكون فى التزام الأصل بآثار ذلك التصرف حرج، وكنظرية الافتراض التى مؤداه نسبة الارادة التعاقدية آخر الأمر الى الأصل ، ثم نظرية اشتراك الارادتين على تعدد صورها التى ترمى جميعا الى تقرير نصيب للأصل فى الارادة التعاقدية - قل أو كثر - وذلك حتى يسوغ فى منطق نظرية الالتزام أن يرتبط الأصل بنتائج ذلك التصرف - وقد تناولنا كلا من هذه النظريات المختلفة بالبحث الدقيق واتهمنا الى عدم التسليم بها لما فصلناه فى مكانه من مواضع النقص والقصور الذى لم تسلم منه تلك النظريات . لهذا رأينا أن ننظر الى النيابة من زاوية أخرى غير زاوية الالتزام فعرضنا لها من ناحية الوظيفة التى للتصرف القانونى فى المجتمع ، تلك الوظيفة التى تتمثل فى اسباغ حماية القانون على معاملات الأفراد التى يستهدفون بها بلوغ أغراض اقتصادية أو اجتماعية هى النتائج المقصودة لما يرموه من تصرفات قانونية . والتصرف القانونى على هذا الوجه يبدو مجرد أداة تتوصل بها الأفراد الى تحقيق غايات اقتصادية واجتماعية معينة ، وهذه الأداة لا يستعجلا ومنطقا أن تحقق تلك الغايات فى شخص غير صاحبها كما تحققت فى شخص من صدرت عنه الارادة المنشئة للتصرف القانونى .

وهكذا فإن منطق النظرية العامة للتصرف القانوني يسيغ مبدأ النيابة كما لا يسيغه منطق النظرية العامة للالتزام - ولا غرو فإن الالتزام ، تلك الرابطة القانونية *vinculum juris* بين شخصين ، لا يسهل تصوّره إلا فيما بين منثنيه ، أما التصرف القانوني بوصفه وسيلة الى غاية عملية فليس ما يمنع من تحقيقه تلك الغاية لشخص لم يكن هو صاحب الارادة التي يقوم عليها التصرف وذلك متى أراد صاحب الشأن هذا الوضع ، وهو ما نراه في النيابة الاتفاقية ، أو اقتضته مصلحة جديرة بحماية القانون كما هو الأمر في حالات النيابة اتقانونية .

وجدير بالذكر أن النظرية العامة للتصرف القانوني التي استهدينها في تفسير طبيعة النيابة ، قد أخذت تشغل من اهتمام الفقهاء حيزا مازال مطرد النمو منذ أن أفرد المشرع الألماني لتلك النظرية المواد ١٦٤ وما بعدها من تقنينه المدني وقد كان هذا الاهتمام بنظرية التصرف القانوني من أهم أسباب ما تعرضت له نظرية الالتزام التقليدية من أزمة قد تفقدها مكان الصدارة الذي تتمتع به بين النظم المدنية وهي الأزمة التي لم يفت الفقه تسجيلها وتحري بواعثها (١) .

ولئن كان اعمال قاعدة النيابة بصرف آثار التصرف من النائب الذي أبرمه الى الأصل الذي لم يشترك في ابرامه وليد ارادة هذا الأخير أحيانا وهو ما اصطلح على تسميته بالنيابة الاتفاقية أو نقاذا لحكم القانون الوضعي أحيانا أخرى وهو ما يتمثل في النيابة القانونية، فإن بين نوعي النيابة هذين جامعة متينة اذ تحكمهما ذات القواعد العامة - فيما عدا ما تعلق بمصدر صفة النائب - وفي هذا يتجلى ما تصنف به النظرية العامة للنيابة من وحدة قوية وتماصك فني ، وهو

١٨١ انظر - محمود أبو عافية : التصرف القانوني للجرد ص ٣٠٠ - ٣٠٢ والمراجع المذكورة ثمة .

ما نظن أننا أبرزناه في دراستنا لها إذ بسطنا ما استعرضناه من أحكامها وما مستقناه من شرع لطبيعتها على نوعي النيابة جيبا لا غرق بين اختيارية (اتفاقية) وضرورة (قانونية) .

وبذلك يسوغ أن نقول بأن وحدة النظرية العامة للنياية هي من النتائج التي يصح استخلاصها من بحثنا وأن في هذه الوحدة دليلا جديدا على وجوب تمييز نظام النيابة بصفة عامة عن تطبيقاته المختلفة في القانون .

وقد بان من عرضنا لكيفية استمداد النائب الاتفاقي صفة النيابة عن الأصل أن تلك الصفة تسبغ عليه بمقتضى الانابة الصادرة عن ارادة الأصل ووضح لنا بذلك أن الانابة تصرف قانوني متميز عما تصدر بمناسبته من رابطة قانونية سابقة بين النائب والأصل . بل هي قد تصدر غير مستندة الى أية رابطة سابقة فهي بذاتها تصرف قانوني يقوم على ارادة الأصل المنفردة ويرمى الى تخويل النائب صفة ابرام تصرفات تقع آثارها لدى الأصل رأسا .

وقد استبج هذا التكييف للانابة التمييز بين « مكنة » النائب في ابرام تصرف يلزم الأصل - وهذا هو أثر الانابة - وبين « التزام » الوكيل باجراء عمل معين لحساب الموكل - وهذا هو أثر الوكالة التي هي في العمل أكثر الروابط التي تصدر بمناسبتها الانابة ذيوعا .

وإذا كان الأصل أن ولاية الشخص قاصرة على مجاله القانوني الخاص فلا يكون لتصرفه أثر الا فيما يمس ، فان النيابة يصح أن توصف بأنها ولاية متعددة لشخص يسمى النائب على شخص يسمى الأصل يستمدها الأول اما من ارادة الثاني واما من القانون ومؤداها ايقاع آثار تصرف الأول في ذمة الثاني رأسا وعلى وجه الاختصار .

وكما أدت دراستنا للنياية الى تأكيد وحدة ذلك النظام القانوني في مختلف تطبيقاته في كل قانون وطني على حدة ، فان المقارنة التي

عمدنا اليها طوال هذه الدراسة بين القوانين الوضعية المختلفة المتسمية الى نظم قانونية متباينة قد أكدت بدورها أن للنظرية العامة للنيابة وحدة تتنظم قوانين وطنية لا رابطة تاريخية بينها كالقانون المصري والقوانين العربية المأخوذة عنه من جهة وكالقانون الانجليزي والقانون الأمريكى من جهة ثانية وكالشرعة الاسلامية من جهة ثالثة ، فنظام النيابة فى كل تلك القوانين — مروراً بالقوانين الوطنية التى لم نذكرها هنا كالقانون الفرنسى والقانون الألمانى والقانون الإيطالى — يتسم بوحدة فى كليات مبادئه بحيث يصح القول بأن فى القانون المقارن نظرية عامة واحدة للنيابة وإن اختلفت التشريعات المتعددة فى بعض القواعد التفصيلية التى لا يمس الاختلاف فيها بجوهر وحدة نظام النيابة فى جميعها •

والنظام الذى عرفناه وحددنا طبيعته القانونية على النحو المتقدم استعرضنا أحكامه العامة من حيث نشأته ومداه وأثره وانقضاؤه ثم خصصنا باباً لتنازع القوانين بشأنه اتهمنا منه الى اقتراح قاعدة اسناد لكل من النيابة الضرورية (القانونية) والنيابة الاختيارية (الاتفاقية) راعينا فيها خصائص النيابة كنظام متميز قائم بنفسه وتوخينا أن تتسع قاعدة الاسناد لكل صور تتجاوز علاقة النيابة فى المكان لحدود الدولة الواحدة •

وبعد فهذه هى النتائج العامة التى يصح استخلاصها من بحثنا فى النيابة والتى تأمل أن تكون قد أبرزت مقومات نظام النيابة وحددت معالمه ورسمت خطوطه الرئيسية ووضعت فى موضعه بين النظم المدنية ، وبميد عنا الزعم بأن دراستنا هذه هى فصل الخطاب فى النظرية العامة للنيابة ، فما العلم الا سلسلة متصلة الحلقات اذا كان قد قدر لنا أن نضيف اليها بهذا الكتاب حلقة صغيرة كان ذلك عندنا جزءاً عادلاً لما اقتضاه هذا العمل من وقت وجهد •

ملحق
بالنصوص العامة المتعلقة
في مختلف التقنيات

١ - القانون الجنى المصرى :

مادة ١٠٤ - اذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الاصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الارادة ، او فى اثر العلم ببعض الظروف الخاصة ، او افتراض العلم بها حتما .

ومع ذلك اذا كان النائب وكيلًا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ، أو كان من المفروض حتما أن يعلمها .

مادة ١٠٥ - اذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقدا باسم الاصيل ، فان ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الاصيل .

مادة ١٠٦ - اذا لم يعلن الماقد وقت ابرام العقد انه يتصادف بصفته نائبا ، فان اثر العقد لا يضاف الى الاصيل دائنا أو مدينا % الا اذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الاصيل أو النائب .

مادة ١٠٧ - اذا كان النائب ومن تعاقد معه مجهلان معا وقت العقد انتضاء النيابة فان اثر العقد الذى يبرمه ، حقا كان أو التزاما ، يضاف الى الاصيل أو خلفائه .

مادة ١٠٨ - لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء كان التعاقد لحسابه أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصل . على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة .

٢ - القانون المدني الألماني

Code Civil Allemand (1)

Art. 164. — La déclaration de volonté qui est passée par quelqu'un, en vertu des pouvoirs qui lui ont été conférés, au nom de la personne qu'il représente, a effet directement pour et contre le représenté. Il n'y a pas lieu de distinguer si cette déclaration a été faite expressément au nom du représenté ou si les circonstances indiquaient qu'elle devait être faite en son nom.

Si l'intention d'agir au nom d'autrui ne ressort pas nettement, on ne prend pas en considération le manque d'intention d'agir en son propre nom.

Il y a lieu d'appliquer les dispositions de l'alinéa premier lorsque la déclaration de volonté, qui devait être faite à une personne, l'est à son représentant.

Il y a lieu d'appliquer les dispositions de l'alinéa premier lorsque la déclaration de volonté, qui devait être faite à une personne, l'est à son représentant.

Art. 166. — Lorsque les effets juridiques d'une déclaration de volonté sont viciés par les vices du consentement ou par la connaissance ou l'ignorance fautive de certains faits, il faut prendre en considération non la personne représentée mais celle du représentant.

Lorsque dans le cas du mandat conféré par un acte juridique (procuration) le représentant a agi suivant les instruc-

Trad. Raoul de La Grasserie — 3e édition, Paris, 1910.

(١) ويلاحظ أن جمهورية ألمانيا الديمقراطية أصدرت في سنة ١٩٧٥ قانوناً مدنياً خلافاً بها لما أصبحت أحكام القانون المدني الألماني قاصرة التطبيق على إقليم جمهورية ألمانيا الاتحادية .

tions données par le représenté, celui-ci, relativement aux faits qu'il connaissait, ne peut invoquer l'ignorance du représentant. Il en est de même des faits que le mandant devait connaître, toutes les fois que l'obligation de connaître est assimilée par la loi à la connaissance elle-même.

Art. 167. — La collation du pouvoir a lieu par déclaration faite à celui auquel on le confère ou au tiers vis-à-vis duquel la représentation doit avoir lieu.

La déclaration n'a pas besoin de la forme exigée pour l'acte juridique auquel le pouvoir se rapporte.

Art. 168. — L'expiration du pouvoir donné est fixée d'après la relation juridique qui a causé sa dation. Ce pouvoir est révocable, même lorsque les rapports juridiques continuent, à moins que le contraire ne résulte de ce pouvoir. Il y a lieu d'appliquer à sa révocation les dispositions de l'article 167, alinéa 1.

Art. 169. — Lorsque d'après les articles 674 et 727 les pouvoirs expirés d'un mandataire ou d'un associé chargé d'une affaire sont considérés comme continuant de subsister, ils ne peuvent être invoqués en sa faveur par un tiers qui en contractant savait ou devait savoir que les pouvoirs étaient expirés.

Art. 170. — Si les pouvoirs ont été conférés par déclaration faite à un tiers, ils continuent à avoir effet vis-à-vis de celui-ci jusqu'à ce que leur expiration lui ait été notifiée par le mandant.

Art. 171. — Si quelqu'un par avis spécial donné à un tiers ou par publication a fait savoir qu'il a chargé de ses pouvoirs une autre personne, celle-ci a le droit, en vertu de cette notification, dans le premier cas envers le tiers, dans le second envers quiconque d'exercer ces pouvoirs.

Les pouvoirs continuent de subsister jusqu'à ce que la notification faite soit révoquée dans les mêmes formes.

Art. 172. — Il faut assimiler à l'avis personnel des pouvoirs donné par le constituant le cas où celui-ci remet une pro-

caration au fondé de pouvoirs et où ce dernier la produit au tiers.

Les pouvoirs continuent jusqu'à ce que l'acte de procuration ait été rendu au constituant ou déclaré nul.

Art. 173. — Les dispositions des articles 170, 171, alinéa 2 et 172, alinéa 2, ne sont pas applicables, lorsque le tiers a connu ou dû connaître au moment de l'acte juridique que les pouvoirs étaient expirés.

Art. 174. — L'acte juridique unilatéral que fait un fondé de pouvoirs vis-à-vis d'une autre personne est nul si le fondé de pouvoirs ne produit pas la procuration et que l'autre personne repousse immédiatement cet acte pour ce motif. Elle ne peut plus le rejeter lorsque le fondé de pouvoirs lui a donné connaissance de ses pouvoirs.

Art. 175. — Après l'expiration de ses pouvoirs, le représentant doit rendre son titre de procuration à son mandant ; il n'a pas le droit de rétention.

Art. 176. — Le mandant peut faire déclarer nulle la procuration au moyen d'une notification publique ; cette déclaration doit être publiée en se conformant aux prescriptions du Code de procédure civile relatives aux notifications publiques. A l'expiration d'un mois après les dernières insertions dans les feuilles officielles la révocation a son plein effet.

La compétence pour l'autorisation de suivre cette procédure appartient tant au tribunal de bailliage dans le ressort duquel le mandant a son domicile de juridiction, qu'à celui qui serait compétent pour l'instance en restitution de titre, abstraction faite de la valeur du litige.

La révocation est nulle lorsque le constituant n'a pas le droit de révoquer le mandat.

Art. 177. — Lorsque quelqu'un conclut sans pouvoirs un contrat au nom d'une autre personne, la validité de ce contrat pour ou contre le représenté dépend de la ratification de celui-ci.

Lorsque l'autre partie somme le représenté de se déclarer à ce sujet, la déclaration ne peut être faite qu'à elle ; la ratification déclarée au représentant avant cette sommation ou le refus de ratification déclarés de la même manière sont nuls. Cette ratification ne peut être faite que deux semaines après la réception de la sommation ; à défaut elle est considérée comme refusée.

Art. 178. — Jusqu'à la ratification du contrat, l'autre partie a le droit de révoquer, à moins qu'elle n'ait connu le manque de pouvoirs au moment de la conclusion du contrat. La révocation peut aussi être déclarée au représentant.

Art. 179. — Celui qui a conclu le contrat en qualité de représentant, doit, lorsqu'il ne prouve pas cette qualité, être tenu envers l'autre partie, au choix de celle-ci, à l'exécution ou à des dommages-intérêts, si le représenté refuse sa ratification.

Lorsque le représentant n'a pas connu le manque de pouvoirs, il n'est tenu qu'à la réparation du dommage que l'autre partie a souffert en raison de ce qu'elle s'est fiée à ces pouvoirs, mais sans que cette réparation puisse excéder l'intérêt que cette autre partie avait à la réalisation du contrat.

Le représentant ne répond pas si l'autre partie connaissait ou devait connaître le manque de pouvoirs. Il ne répond pas non plus si sa capacité juridique est restreinte, à moins qu'il n'ait agi avec le consentement de son représentant légal.

Art. 180. — Dans un acte juridique unilatéral, la représentation ne peut avoir lieu sans pouvoirs. Cependant, si celui vis-à-vis duquel cet acte devait être fait n'a pas contesté les pouvoirs allégués par le représentant ou s'il est convenu que le représentant pouvait agir sans pouvoirs, il y a lieu d'appliquer les dispositions relatives aux contrats. Il en est de même lorsqu'un acte juridique unilatéral a été fait vis-à-vis d'un représentant sans pouvoirs avec le consentement de celui-ci.

Art. 181. — Un représentant ne peut, à moins de conventions contraires, passer un acte juridique au nom du représen-

té, avec lui-même en privé nom ou comme représentant d'un tiers, à moins que cet acte ne soit exclusivement relatif à l'exécution d'une obligation.

٢ - قانون الالتزامات والسویری

Code Fédéral des Obligations

Art. 32. — Les droits et les obligations dérivant d'un contrat fait au nom d'une autre personne par un représentant autorisé passent au représenté.

Lorsqu'au moment de la conclusion du contrat le représentant ne s'est pas fait connaître comme tel, le représenté ne devient directement créancier, ou débiteur que si celui avec lequel il contracte devait inférer des circonstances qu'il existait un rapport de représentation ou s'il lui était indifférent de traiter avec l'un ou l'autre.

Dans les autres cas, une cession de la créance ou une reprise de la dette est nécessaire en conformité des principes qui régissent ces actes.

Art. 33. — Le pouvoir d'accomplir des actes juridiques pour autrui, en tant qu'il se fonde sur des rapports de droit public, est régi par le droit public de la confédération ou des cantons.

Lorsque les pouvoirs découlent d'un acte juridique, l'étendue en est déterminée par cet acte même.

Si les pouvoirs ont été portés par le représenté à la connaissance d'un tiers, leur étendue est déterminée envers ce dernier par les termes de la communication qui lui a été faite.

Art. 34. — Le représenté a en tous temps le droit de restreindre ou de révoquer les pouvoirs découlant d'un acte juridique, sans préjudice des réclamations que le représentant peut avoir à former contre lui en vertu d'une autre cause, telle qu'un contrat de travail, un contrat de société ou un mandat.

Est nulle toute renonciation anticipée à ce droit par le représenté.

Lorsque le représenté a fait connaître, soit en termes exprès, soit par ses actes, les pouvoirs qu'il a conférés, il ne peut en opposer au tiers de bonne foi la révocation totale ou partielle que s'il a fait connaître également cette révocation.

Art. 35. — Les pouvoirs découlant d'un acte juridique s'éteignent par la mort, la déclaration d'absence, la perte de l'exercice des droits civils et la faillite du représenté ou du représentant, à moins que le contraire n'ait été convenu ou ne résulte de la nature de l'affaire.

Il en est de même lorsqu'une personne morale cesse d'exister ou lorsqu'une société inscrite au registre du commerce est dissoute.

Les droits personnels des parties l'une envers l'autre demeurent réservés.

Art. 36. — Le représentant nanti d'un titre constatant ses pouvoirs est tenu, lorsqu'ils ont pris fin, de le restituer ou de l'en effectuer le dépôt en justice.

Si le représenté ou ses ayant-droit négligent d'y contraindre le représentant, ils répondent du dommage qui pourrait en résulter à l'égard des tiers de bonne foi.

Art. 37. — Aussi longtemps que le représentant n'a pas connaissance de l'extinction de ses pouvoirs, le représenté ou ses ayants-ause deviennent par son fait créanciers ou débiteurs comme si les pouvoirs existaient encore.

Son exceptés les cas dans lesquels des tiers ont su que les pouvoirs ont pris fin.

Art. 38. — Lorsqu'une personne contracte sans pouvoirs au nom d'un tiers, celui-ci ne devient créancier ou débiteur que s'il ratifie le contrat.

L'autre partie a le droit d'exiger que le représenté déclare, dans un délai convenable, s'il ratifie ou non le contrat ; elle cesse d'être liée faute de ratification dans ce délai.

Art. 39. — Si la ratification est refusée expressément ou

tacitement, celui qui a pris la qualité de représentant peut être actionné en réparation du préjudice résultant de l'invalidité du contrat, à moins qu'il ne prouve que l'autre partie a connu ou dû connaître l'absence de pouvoirs.

En cas de faute du représentant, le juge peut, si l'équité l'exige, le condamner à des dommages-intérêts plus considérables.

L'action fondée sur l'enrichissement illégitime subsiste dans tous les cas.

Art. 40. — Sont réservées les dispositions spéciales sur les pouvoirs des représentants et organes de sociétés, ainsi que les fondés de procuration et autres mandataires commerciaux.

١ - القانون المدني الإيطالي :

Codice Civile Italiano :

Art. 1387. — *Fonti della rappresentanza.*

Il potere di rappresentanza è conferito dalla legge ovvero dall'interessato.

Art. 1388. — *Contratto concluso dal rappresentante.*

Il contratto concluso dal rappresentante in nome e nell'interesse del rappresentato, nei limiti delle facoltà conferitegli, produce direttamente effetto nei confronti del rappresentato.

Art. 1389. — *Capacità del rappresentante e del rappresentato.*

Quando la rappresentanza è conferita dall'interessato, per la validità del contratto concluso dal rappresentante basta che questo abbia la capacità di intendere e di volere, avuto riguardo alla natura e al contenuto del contratto stesso, sempre che sia legalmente capace il rappresentato.

In ogni caso, per la validità del contratto concluso dal rappresentante è necessario che il contratto non sia vietato al rappresentato.

Art. 1390. — *Vizi della volontà.*

Il contratto è annullabile se è viziata la volontà del rappresentante. Quand però il vizio riguarda elementi predeterminati dal rappresentato, il contratto è annullabile solo se era viziata la volontà di questo.

Art. 1391. — *Stati soggettivi rilevanti.*

Nei casi in cui è rilevante lo stato di buona o di mala fede, di scienza o d'ignoranza di determinate circostanze, si ha riguardo alla persona del rappresentante, salvo che si tratti di elementi predeterminate dal rappresentato.

In nessuna caso il rappresentato che è in mala fede può giovarsi dello stato d'ignoranza o di buona fede del rappresentante.

Art. 1392. — *Forma della procura.*

La procura non ha effetto se non è conferita con le forme prescritte per il contratto che il rappresentante deve concludere.

Art. 1393. — *Giustificazione dei poteri del rappresentante.*

Il terzo che contratta col rappresentante può sempre esigere che questo giustifichi i suoi poteri, et, se la rappresentanza risulta da un atto scritto, che gliene dia una copia da lui firmata.

Art. 1394. — *Conflitto d'interessi.*

Il contratto concluso dal rappresentante in conflitto d'interessi col rappresentato può essere annullato su domanda del rappresentato, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo.

Art. 1395. — *Contratto con se stesso.*

È annullabile il contratto che il rappresentante conclude con se stesso, in proprio o come rappresentante di un'altra parte, a meno che il rappresentato lo abbia autorizzato specificamente ovvero il contenuto del contratto sia determinato in modo da escludere la possibilità di conflitto d'interessi.

L'impugnazione può essere proposta soltanto dal rappresentato.

Art. 1396. — *Modificazione ed estinzione della procura.*

Le modificazioni e la revoca della procura devono essere portate a conoscenza dei terzi con mezzi idonei. In mancanza, esse non sono opponibili ai terzi, se non si prova che questi le conoscevano al momento della conclusione del contratto.

Le altre cause di estinzione del potere di rappresentanza conferito dall'interessato non sono opponibili ai terzi che le hanno senza colpa ignorate.

Art. 1397. — *Restituzione del documento della rappresentanza.*

Il rappresentante è tenuto a restituire il documento dal quale risultano i suoi poteri quando questi sono cessati.

Art. 1398. — *Rappresentanza senza potere*

Colui che ha contrattato come rappresentante senza averne i poteri o eccedendo i limiti delle facoltà conferitegli, è responsabile del danno che il terzo contraente ha sofferto per avere confidato senza sua colpa nella validità del contratto.

Art. 1399. — *Ratifica*

Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, il contratto può essere ratificato dall'interessato, con l'osservanza delle forme prescritte per la conclusione di esso.

La ratifica ha effetto retroattivo, ma sono salvi i diritti del terzo.

Il terzo e colui che ha contrattato come rappresentante possono d'accordo sciogliere il contratto prima della ratifica.

Il terzo contraente può invitare l'interessato a pronunciarsi sulla ratifica assegnandogli un termine, scaduto il quale, nel silenzio, la ratifica s'intende negata.

La facoltà di ratifica si trasmette agli eredi.

Art. 1400. — *Speciali forme di rappresentanza*

Le speciali forme di rappresentanza nelle imprese agricole e commerciali sono regolate dal libro V (2203 s.).

٥ - مشروع تنقيح القانون المدني الفرنسي : (١)

Projet de réforme du Code civil français

*Textes adoptés par la Commission plénière
relatifs à la représentation*

Art. 20. — Un acte juridique peut valablement être fait par un représentant, sauf disposition contraire de la loi.

Art. 21. — La représentation résulte, soit d'une disposition de la loi, soit d'une décision de justice, soit de la volonté commune du représentant et du représenté.

Art. 22. — Il n'est pas nécessaire que le représentant ait la capacité de faire l'acte pour lequel il a pouvoir, il suffit qu'il soit capable de représenter autrui conformément à la loi.

Art. 23. — L'absence ou le vice de la volonté s'apprécie dans la personne du représenté ou dans celle du représentant dans la mesure où la volonté de chacun a concouru à l'acte.

Art. 24. — Les effets de l'acte passé par le représentant pour le compte du représenté se produisent à l'égard du représenté, non du représentant.

Art. 25. — Il n'y a représentation que pour les actes accomplis par le représentant dans la limite de ses pouvoirs.

Toutefois, lorsqu'un acte a été accompli sans pouvoirs ou lorsque les pouvoirs ont été dépassés, l'acte peut être ratifié par celui pour le compte de qui il a été fait, auquel cas il y a représentation.

La ratification est soumise aux dispositions applicables à la confirmation des actes nuls.

En l'absence de ratification, celui qui a agi pour autrui sans pouvoirs ou au-delà de ses pouvoirs, doit réparer le pré-

(١) أنشأت لجنة تنقيح القانون المدني الفرنسي سنة ١٩٤٥ وبشرت أعمالها طوال عشرين عاما إلى أن حلت سنة ١٩٦٥ بعد العول عن فكرة تنقيح القانون المدني الفرنسي تنقيحا شاملا .

judice qu'il a causé à ceux qui, étant de bonne foi, avaient intérêt à la validité de l'acte.

Art. 26. — La restriction, la révocation ou l'expiration de pouvoirs du représentant ne peut pas être opposée par le représenté à ceux qui n'en ont pas eu connaissance au moment où ils ont acquis des droits par l'intermédiaire du représentant.

Art. 27. — Sauf disposition contraire de la loi, le pouvoir général de représentation confère au représentant le seul droit d'accomplir des actes d'administration.

Sauf disposition contraire de la loi, le pouvoir spécial d'effectuer une opération juridique d'une nature déterminée est suffisant, sans qu'il soit nécessaire de spécifier l'acte même à réaliser.

Art. 28. — Le représentant ne peut pas, au nom du représenté, à moins d'y avoir été autorisé par ce dernier ou par la loi, stipuler pour son propre compte ou pour le compte d'une autre personne qu'il représente.

Le représenté peut ratifier un tel acte dans les cas où il aurait pu l'autoriser.

Art. 29. — Il n'y a pas représentation lorsque celui qui a traité avec le représentant ignorait que ce dernier n'agissait pas en son nom personnel, à moins que la considération de la personne ne lui fut indifférente.

Art. 30. — Le représentant peut se réserver la faculté de désigner le représenté une fois l'acte passé.

Sauf stipulation contraire, la désignation doit être faite dans un délai de vingt-quatre heures à compter de la formation de l'acte.

Faute de désignation du représenté dans le délai imparti, le représentant est censé avoir stipulé pour lui-même.

Art. 31. — Sauf disposition de la loi ou stipulation contraires, le représentant ne peut pas se substituer une autre personne.

Art. 32. — Sauf stipulation contraire, la représentation prend fin par le décès du représentant.

Art. 33. — Lorsque le représentant est muni d'un titre constatant ses pouvoirs, il doit, dès que ces derniers ont pris fin et sans qu'il puisse opposer le droit de retention, restituer ledit titre ou en faire ordonner le dépôt par justice.

Art. 34. — Le pouvoir de faire au nom d'autrui un acte pour lequel la loi exige la forme authentique doit être donné par acte notarié. S'il s'agit d'un acte pour lequel l'écrit sous-seign privé est suffisant, le pouvoir peut n'être donné que par acte sous-seign privé, même si l'acte est rédigé dans la forme authentique.

المشروع التمهيدى المعدل
لقانون موحد بشأن النيابة فى البيع الدولى لسلع
الذى اقرته اللجنة المشكلة من مندوبى حكومات الدول
الأعضاء فى المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص
(روما) وصدر عن المعهد فى أكتوبر سنة ١٩٧١ (١)

الفصل الأول
نطاق تطبيق القانون - تعريفات

المادة الأولى

- ١ - ينطبق هذا القانون على علاقات النيابة فى بيع السلع وشرائها متى كان موطن أعمال اثنين من الأطراف الثلاثة ، الأصيل والنايب والغير الذى يتعامل معه النايب ، وأقامين فى إقليمى دولتين مختلفتين ومتى ؟
(أ) كانت الدولتان من الدول الموقعة على هذا الاتفاق ، أو
(ب) كانت قواعد القانون الدولى الخاص التى تطبقها المحكمة تشير بتطبيق قانون دولة موقعة على هذا الاتفاق .
- ٢ - ومع ذلك فإن أحكام هذا القانون التى تخص علاقة الأصيل بالنايب لا تنطبق متى كان موطن أعمالهما وأقامين فى دولة واحدة .
- ٣ - متى كان لأحد الأطراف أكثر من موطن أعمال تكون المبرة بالموطن الأوثق صلة بالمعاملة موضوع الدعوى .

(١) عقد إجرا مؤتمر من مندوبى الدول أعضاء للمعهد للتصديق على هذا المشروع وذلك فى مدينة بوخارست فى الفترة من ٢٨ مايو الى ١٢ يونيو ١٩٧٩ ولم يتمكن المؤتمر من الموافقة على المشروع برمته بل اعتمد منه ١٣ مادة وتأجل بحث بقى مواد المشروع الى مؤتمر آخر ينظر المقامه فى أواخر سنة ١٩٨٠ .

٤ - متى لم يكن لأحد الأطراف موطن أعمال كانت العبارة يمكن إقامة
المعتاد .

المادة (٢)

النيابة في مفهوم هذا القانون علاقة تقوم كلما تصرف شخص
هو النائب لحساب شخص آخر هو الأصيل في تعامله مع طرف ثالث ،
سواء كان تصرفه باسمه هو أو باسم الأصيل .

المادة (٣)

لا ينطبق هذا القانون على علاقات النيابة الناشئة عن :

(أ) روابط الأسرة .

(ب) الصفة التي يسبغها التشريع أو القضاء على شخص في التصرف
لحساب شخص آخر غير كامل الأهلية .

(ج) العلاقة بين شخص اعتباري أو بين شركة غير ذات شخصية
اعتبارية وبين الأعضاء المتولية التبعين عن إرادة الشخص الاعتباري
أو الشركة .

(د) علاقة يحكمها عقد عمل .

المادة (٤)

لا ينطبق هذا القانون على علاقات النيابة المتعلقة ببيع أو شراء :

(أ) الأوراق المالية والأوراق التجارية والنقود .

(ب) السفن والمراكب والطائرات الخاضعة للتسجيل أو القيد .

(ج) التيار الكهربائي .

(د) أية سلعة بالزاد العلى .

المادة (٥)

ينطبق هذا القانون على علاقات النيابة بصرف النظر عن الصفة
التجارية أو المدنية للأطراف أو للعقد .

المادة (٦)

يحل هذا القانون فى جميع ما ينطبق عليه محل اية قواعد قانونية اخرى كان يمكن لولاه أن تنطبق بما فى ذلك قواعد القمانون الدولى الخاص .

المادة (٧)

لا يحول كون هذا القانون واجب التطبيق دون :

- (ا) قيام الأطراف باختيار أى قانون آخر يحكم علاقاتها المتبادلة .
- (ب) قيام الأطراف باستبعاد أو بتعديل أى حكم من احكام هذا القانون فما لا يمس غير علاقاتهم المتبادلة .

المادة (٨)

فى الحالات التى لا يكون فيها هذا القانون واجب التطبيق يجوز للأطراف أن يختاروه ليحكم علاقاتهم المتبادلة ومع ذلك فإن اختيار الأطراف لهذا القانون لا تأثير له على انطباق اية احكام قانونية أمره واجبة التطبيق .

المادة (٩)

- ١ - يكون الأطراف ملزمين بأية عادات أو اعراف اشاروا اليها صراحة أو ضمنا وبأية ممارسات جرى عليها عملهم فيما بينهم .
- ٢ - العادات والاعراف التى يعتبر الأطراف انهم اشاروا اليها ضمن تشمل اية عادات أو اعراف يعلم الأطراف أو كان واجبا أن يعملوا بها وتكون معروفة للكافة فى مجال التجارة الدولية ومرعية من جانب الأطراف فى عقود من نوع العقد المبرم بين الأطراف المعنية .
- ٣ - فى حالة التضارب بين تلك العادات والاعراف وبين احكام هذا القانون تسرى العادات والاعراف مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك .
- ٤ - اذا استعمل الأطراف تعبيرات أو صيغا أو نماذج عقود شائعة فى التعامل التجارى فان تفسيرها يكون وفقا للمعنى المقبول على نطاق

واسمح في الأوساط التجارية المعنية وهذا ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك .

المادة (١٠)

يجب ان يؤخذ في الاعتبار عند تفسير أحكام هذا القانون وتطبيقها ما له من طابع دولي وما تدعو اليه الحاجة اليه من دعم الاتجاه نحو وحدة التفسير والتطبيق .

الفصل الثاني

نشأة النيابة ومداها

المادة (١١)

١ - لا يخضع عقد النيابة لشكل خاص ولا يشترط لوجوده ولا لاثباته ان يكون مكتوبا .

٢ - ومع ذلك فان قانون الدولة التي يباشر فيها النائب نشاطه هو الذي يحدد الآثار المترتبة على عدم توفر متطلبات الشكل متى كان ذلك القانون :

(أ) يتطلب شكلا خاصا أو اجراء شكليا معيناً بالنسبة لاثابة ذلك النائب بما في ذلك ما يتعلق بالتسجيل أو النشر ، أو كان القانون .

(ب) يشترط موافقة جهة رسمية أو غيرها على قيام النائب بتمتضيات نيابته .

المادة (١٢)

١ - تنشأ صفة النائب اما من اثابة صريحة صادرة عن الاصيل واما من اثابة مستندة الى وضع يشغله النائب ازاء الاصيل يرضا هذا الأخير الصريح أو الضمني وما عن مسلك الاصيل وظروف الحال .

٢ - تكون للنائب صفة ضمنية في القيام بجميع التصرفات الضرورية لتحقيق الغرض الذي من اجله صدرت الاثابة .

المادة (١٣)

للمنائب أن يعين نائبا عنه مالم تدل ظروف الحال على غير ذلك وتعتبر العلاقة بين النائب ونائب النائب علاقة نيابة .

المادة (١٤)

١ - ليس للمنائب أن يحل شخصا آخر محله الا بتحويل صريح من الاصيل على ان للمنائب ذلك اذا كان في وضع لا يسمح له بالقيام بتصرف تتطلب مصلحة الاصيل سرعة القيام به .

٢ - في الحالات التي يجوز فيها للمنائب احلال غيره محله يعتبر من يحل محل النائب نائبا مباشرا عن الاصيل ولا يكون النائب الاصيل مسئولاً قبل الاصيل الا عن افعاله في اختيار من حل محله او في تزويده بالتعليمات اللازمة .

الفصل الثالث

العلاقة بين الاصيل والنائب

المادة (١٥)

١ - يلتزم الاصيل والنائب بمراعاة حسن النية في علاقتهما المتبادلة .

٢ - مع عدم الاخلال بما لحكم الفقرة السابقة من صفة العموم تنبئ الأحكام الآتية :

(أ) يلتزم النائب بعدم افشاء اية معلومات سرية يكون قد تلقاها بحكم نيابته وبعد استخدام مثل تلك المعلومات لأغراض بينه وبين مصلحة الاصيل تعارض .

(ب) يلتزم النائب بالا يباشر نشاطا لحساب اصيل آخر يعد بأن مصلحته تتعارض مع مصلحة الاصيل الأول مالم يخط هذا الأخير بذلك مقدما .

(ج) لا يجوز للمنائب بغير رضا الاصيل أن يشتري لحساب نفسه السلع المكلف ببيعها لحساب الاصيل ولا أن يبيع الاصيل سلعا مملوكة له .

(د) لا يجوز للنائب أن يشتري لحساب الأصل السلع المكلف بيعها لحساب أصل آخر بغير رضا الأصليين .

المادة (١٦)

١ - على النائب أن يبذل من الماهرة والعناية في تنفيذ ما تعهد به القدر الذى يتوقع من نائب في مثل ظروفه وعليه أن يتبع تعليمات الأصل .

٢ - على النائب أن يزود الأصل بالمعلومات اللازمة من الأعمال التى يقوم بها وأن يقدم له حساب عملياته ، بما فى ذلك الحساب المالى ، على فترات أو كلما طلب اليه الأصل ذلك متى وقع ذلك الطلب فى أوقات معقولة .

المادة (١٧)

١ - على النائب العناية بحفظ ما يتسلمه بصفته تلك وللأصل أن يطلب أن يسلم اليه فوراً جميع ما يحق له مطالبة النائب به بما فى ذلك المبالغ التقديرية .

٢ - على النائب أن يقوم بكل ما يلزم لحفظ كافة حقوق الأصل وحقه فى سلوك طرق التقاضى والطمع .

٣ - إذا كانت السلع التى يتسلمها النائب معرضة تحت يده للتلف أو لانخفاض رتبة نوعها بما ينقص من قيمتها بشكل محسوس فللنائب ، إذا ضاق الوقت عن الحصول على تعليمات الأصل ، أن يقوم ببيع السلع أو بآية اجراءات أخرى تتعلق بها تتطلبها مصلحة الأصل .

٤ - على النائب أن يتبع فى بيع السلع القواعد التى ينص عليها القانون أو تقررها العادة والعرف فى مكان وجود السلع بشأن البيع الذى تلجئ اليه الضرورة .

المادة (١٨)

١ - لا يكون النائب مسئولاً قبل الأصل من عدم قيام المشتري أو البائع بتنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد بيع أو شراء مالم يكن النائب قد كفل تنفيذ تلك الالتزامات .

٢ - ومتى كان النائب قد كفل تنفيذ تلك الالتزامات يكون مسئولاً بالتضامن مع البائع أو المشتري ما لم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك .

المادة (١٩)

لا يجوز للنائب بغير رضا الأصليل صراحة أو ضمناً أن يتفق مع الغير المشتري أو البائع على النسيئة لصالحه أو يمنحه أجلاً أو أن يقسط عليه التزاماته النقدية أو أن يمنحه أية تسهيلات أخرى بشأن السداد أو التسليم .

المادة (٢٠)

للنائب الحق في تقاضي الأجر الذي ينص عليه عقد النيابة صراحة أو ضمناً وفي استرداد النفقات التي أنفقها ولو خلا العقد من النص على ذلك .

المادة (٢١)

على الأصليل أن يزود النائب بالمعلومات وأن يقوم له كل معاونة معقولة من أجل تمكنه من تنفيذ التزاماته .

المادة (٢٢)

إذا لم يؤد الأصليل إلى النائب ما هو مستحق له من أجر ومبالغ مستحقة الرد وغيرها من المبالغ المترتبة على النيابة يكون للنائب أن يقوم بواحد من الأمرين الآتيين :

(أ) فاما أن يقطع تلك المبالغ من أى مبلغ يكون مستحقاً لديه للأصيل

(ب) واما أن يحبس السلع أو غيرها من الأشياء التي تحت يده لحساب الأصليل بسبب العقد . وللنائب في هذه الحالة كذلك أن يبيع السلع ويحبس المتحصل من بيعها مقابل ما هو مستحق له بصرف النظر عما قد ينص عليه عقد النيابة ، على ألا يقوم بشيء من ذلك إلا بعد فترة معقولة من اعداد الأصليل . وعلى النائب أن يتبع في ذلك البيع ما قد ينص عليه القانون أو يقضى به العرف أو المادة في مكان وجود السلع من قواعد بشأن أمثال تلك البيوع .

المادة (٢٣)

إذا لم يتم أى من الأصيل أو النائب بتنفيذ التزامه قبل الآخر دون أن يكون لذلك سبب مشروع أو يكون لديه عذر مقبول كان عليه أن يدفع للطرف الآخر من التعويض ما يجعله فى الوضع ذاته الذى كان يجد نفسه فيه فيما لو كان الطرف المخل قد قام بتنفيذ التزاماته ، هذا مع عدم الإخلال بأية دعوى أخرى يمكن الرجوع بها عليه .

الفصل الرابع

الآثار القانونية لتصرف النائب لحساب الأصيل

المادة (٢٤)

متى قام النائب بتصرف لحساب الأصيل فى حدود نيابته وكانت صفته تلك معلنة أو ظاهرة فإن العقد الذى يبرمه مع الغير ينشئ علاقة بين هذا الغير وبين الأصيل ، هذا مع مراعاة أحكام المادة ٢٧ .

المادة (٢٥)

- ١ - إذا تصرف النائب بغير صفة أو متجاوزاً حدود نيابته فإن العقد الذى يبرمه لا ينشئ علاقة قانونية بين الأصيل والغير .
- ٢ - وليس للغير أن يستند الى صفة ضمنية وفقاً لنص المادة ١٢ إذا كان يعلم أو كان واجبا عليه أن يعلم بانتفاء الصفة أو بتجاوز النائب حدود نيابته .

المادة (٢٦)

- ١ - متى قام النائب بتصرف لحساب الأصيل فى حدود نيابته وكانت صفته تلك غير معلنة ولا ظاهرة عند التعاقد فإن العقد لا يربط إلا النائب والغير الذى تعاقد معه .
- ٢ - ومع ذلك فإذا صار الكشف فيما بعد من أن النائب كان يتصرف لحساب الأصيل أو أصبح ذلك ظاهراً كان للأصيل أن يمارس حقوق النائب قبل الغير بما يرد عليها من الدفع الناشئة عن العقد والتي كان لهذا الأخير أن يدفع بها قبل النائب ، كما يكون للغير أن يمارس

قبل الاصيل الحقوق التى له قبل النائب بما يرد عليها من الدفع الناشئة عن العقد والتى كان النائب أن يدفع بها قبل الغير وكذلك تلك الدفع التى كان للأصيل أن يدفع بها قبل النائب ، غير أن هذه الحقوق لا يجوز ممارستها الا متى كان النائب لم يتم بتنفيذ التزامه قبل الطرف الذى يرغب فى ممارسة تلك الحقوق أو كان النائب فى وضع لا يسمح له بتنفيذ تلك الالتزامات ، هذا كله مع مراعاة أحكام المادة ٢٧ .

٣ - يوجه اعلان الرغبة فى ممارسة الحقوق المشار اليها فى الفقرة السابقة الى النائب والى الغير أو ، لأصيل حسب الأحوال ، ومتى تلقى الغير أو الأصيل ذلك الاعلان لم يحز له ان يقوم بالوفاء للنائب .

٤ - اذا تعذر على النائب القيام بتنفيذ التزامه قبل الغير بسبب اخلال الأصيل بالتزامه نحوه كان على النائب أن يعلم الغير باسم الأصيل .

٥ - واذا لم يتم الغير بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد قبل النائب كان على هذا الأخير أن يعلم الأصيل باسم الغير .

٦ - لا تنطبق أحكام الفقرة ٢ من هذه المادة اذا حدث بعد الكشف عن واقعة تصرف النائب لحساب الأصيل أو صيرورتها ظاهرة ان ابلغ الأصيل أو النائب الغير بأنهما قد اتفقا على اعتبار العقد المبرم مع هذا الأخير ملزما للنائب وللغير فقط .

المادة (٢٧)

يجوز للنائب ، وفقا لتعليمات الاصيل الصريحة أو الضمنية ، ان يتفق مع الغير على الا يكون لهذا الأخير رجوع مباشر على الأصيل ، لا للأصيل رجوع مباشر عليه . ويجوز أن يستنتج هذا الاتفاق من الظروف بما فيها الاشارة الى عقد وكالة بالعمولة أو الى بقاء اسم الأصيل فى طى الكتمان .

المادة (٢٨)

١ - يجوز لمن أجرى لحسابه تصرف غير نافذ فى حقه بواسطة شخص غير ذي صفة أو نائب متجاوز لحدود نيابته أن يقر ذلك التصرف . وفى حالة الاقرار تترتب على التصرف الآثار نفسها التى كانت تترتب عليه ابتداء لو كان من قام به ذا صفة .

- ٢ - اذا كان الغير عالما او كان واجبا عليه ان يعلم بانتفاء صفة النائب فانه لا يبرا من التزاماته الناشئة من المقد قبل انقضاء المهلة المتفق عليها للاقرار او المهلة المعلقة التي يحددها ، الا بموافقة النائب . اما اذا كان الغير لا يعلم بانتفاء الصفة ثم علم به فله اما ان يتحلل من المقد واما ان يحدد مهلة لصدور الاقرار عن الاصيل
- ٣ - تترتب على الاقرار آثاره ولو كان من غير الممكن ، في وقت صدوره ان يعتقد التصرف موضوع الاقرار صحيحا .
- ٤ - اذا كان التصرف قد جرى لحساب شخص اعتبارى قبل تأسيسه فان الاقرار لا يكون نافذا الا اذا كان القانون الذى يحكم تأسيس الشخص الاعتبارى يسمح به .
- ٥ - لا يخضع الاقرار لشكل خاص وقد يكون صريحا او يستنتج من مسلك الاصيل . ويترب على الاقرار اثره من وقت اتصاله بعلم الغير .
- ٦ - للغير ان يرفض قبول الاقرار الجزئى .
- ٧ - الاقرار الذى انتج اثره لا يمكن الرجوع فيه .

المادة (٢٩)

- ١ - يكون الشخص الذى يتصرف لحساب آخر بغير صفة او متجاوزا حدود نيابته مسئولا قبل الغير عن التعويض بالقدر الذى يضع هذا الأخير فى الوضع نفسه الذى كان يكون فيه لو ان المتصرف كان ذا صفة او ان النائب كان لم يجاوز حدود نيابته .
- ٢ - ومع ذلك فلا مسئولية على مثل ذلك المتصرف او النائب اذا كان الغير عالما او كان واجبا عليه ان يعلم بانتفاء الصفة او بتجاوز حدود النيابة .

الفصل الخامس

انقضاء النيابة

المادة (٣٠)

ينقضى عقد النيابة بانقضاء الوقت المحدد فيه او متى اتفق الطرفان على انتهائه او بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه تنفيذا تاما .

المادة (٣١)

١ - لا ينقضى عقد النيابة بوفاة الأصيل أو بزوال أهليته إلا إذا كان ملحوظا في العقد قيام الأصيل شخصا بتنفيذ الالتزامات التي يرتبها عليه .

٢ - ينقضى عقد النيابة متى استحال تنفيذ التزامات الأصيل بسبب أفلاسه أو اتخاذ إجراء مماثل قبله ، بغير إخلال بالتعويض الذي قد تترتب على مثل هذا الانقضاء .

٣ - متى لم يكن الأصيل شخصا طبيعيا لا يترتب على اتخاذ إجراءات حله انقضاء النيابة ما لم يكن ذلك نتيجة لأفلاسه أو لاتخاذ إجراء مماثل قبله .

٤ - بالرغم من انقضاء النيابة وفقا لأحكام هذه المادة يتعين على النائب أن يستمر في النيابة بالقدر الضروري للردء الضرر عن مصلحة الأصيل أو تركته .

المادة (٣٢)

١ - ينقضى عقد النيابة بوفاة النائب أو بزوال ما كان له من الأهلية عند صدور الإنابة إليه .

٢ - ينقضى عقد النيابة متى استحال تنفيذ التزامات النائب بسبب أفلاسه أو اتخاذ إجراء مماثل قبله أو متى اتخذت الإجراءات الحل قبل النائب الذي ليس شخصا طبيعيا ، بغير إخلال بالتعويض الذي قد يترتب على مثل هذا الانقضاء .

المادة (٣٣)

ينقضى عقد النيابة بإرادة كل من الأصيل والنائب مهما تكن أحكام العقد في هذا الشأن . ويكون الطرف الذي ينهى النيابة بإرادته من غير سبب مشروع أو غير مقبول مسئولاً عن التعويض عن فسخ العقد أو عن عدم إعطاء مهلة معقولة إذا كان العقد غير محدد المدة .

المادة (٣٤)

مع مراعاة أحكام المادة ٣٥ تترتب على انقضاء عقد النيابة بإرادة أحد طرفيه آثاره قبل الغير من وقت علمه به فقط إلا في الحالتين الآتيتين:

(١) اذا كان قد صار اشهار النيابة عن طريق تسجيلها او نشرها طبقا لاحكام القانون ثم صار اشهار انقضاءها بالطريق عينه .

(ب) اذا كان قد صار الفاء المحرر الذى ينشئ النيابة او يشبتها باجراء منصوص عليه لهذا الغرض فى قانون الدولة التى يباشر فيها النائب نشاطه .

المادة (٢٥)

اذا كان مصدر علم الغير بالنيابة هو قول النائب غير المؤيد باى مسلك من قبل الاصيل ترتب على انتهاء الاصيل للنيابة اثره قبل الغير بمجرد اتصال الانهاء بعلم النائب ولو لم يعلم به الغير .

المادة (٢٦)

١ - على النائب ان يقوم بما يلزم ، فى حدود المعقول ، لاختطار الغير فى وقت مناسب بانتهاء النيابة برادته او بارادة الاصيل .

٢ - اذا لم يتم النائب بذلك كان للغير الحق فى التعويض ، طبقا للمادة ٢٩ ، قبل النائب وقبل الاصيل بوصفه ضامنا .

المادة (٢١)

- ١ - لا ينقضى عقد النيابة بوفاة الأصيل أو بزوال أهليته إلا إذا كان ملحوظا في العقد قيام الأصيل شخصيا بتنفيذ الالتزامات التي يرتبها عليه .
- ٢ - ينقضى عقد النيابة متى استحال تنفيذ التزامات الأصيل بسبب أفلاسه أو اتخاذ إجراء مماثل قبله ، بغير إخلال بالتعويض الذي قد تترتب على مثل هذا الانقضاء .
- ٣ - متى لم يكن الأصيل شخصا طبيعيا لا يترتب على اتخاذ إجراءات حله انقضاء النيابة ما لم يكن ذلك نتيجة لأفلاسه أو لاتخاذ إجراء مماثل قبله .
- ٤ - بالرغم من انقضاء النيابة وفقا لأحكام هذه المادة يعمى على النائب أن يستمر فى النيابة بالقدر الضرورى لدرء الضرر عن مصلحة الأصيل أو تركته .

المادة (٢٢)

- ١ - ينقضى عقد النيابة بوفاة النائب أو بزوال ما كان له من الأهلية عند صدور الإنابة إليه .
- ٢ - ينقضى عقد النيابة متى استحال تنفيذ التزامات النائب بسبب أفلاسه أو اتخاذ إجراء مماثل قبله أو متى اتخذت الإجراءات الحل قبل النائب الذى ليس شخصا طبيعيا ، بغير إخلال بالتعويض الذى قد يترتب على مثل هذا الانقضاء .

المادة (٢٣)

ينقضى عقد النيابة بإرادة كل من الأصيل والنائب مهما تكن أحكام العقد فى هذا الشأن . ويكون الطرف الذى ينهى النيابة بإرادته من غير سبب مشروع أو عذر مقبول مسؤولا عن التعويض عن فسخ العقد أو عن عدم إعطاء مهلة معقولة إذا كان العقد غير محدد المدة .

المادة (٢٤)

مع مراعاة أحكام المادة ٣٥ تترتب على انقضاء عقد النيابة بإرادة أحد طرفيه آثاره قبل الفير من وقت علمه به فقط إلا فى الحالتين الآتيتين:

- محمد على عرفة : شرح القانون المدني الجديد فى التأمين والعقود الصغيرة ، الطبعة الثانية ، القاهرة ١٩٥٠ .
- محمد كامل مرسى : العقود للذنية الصغيرة ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ١٩٤٢ .
- محمد كامل مرسى : شرح القانون المدني الجديد - العقود المسماة ، القاهرة ١٩٤٩ .
- محمود ابو عافية : التصرف القانونى الجرد ، القاهرة ١٩٤٨ .
- مصطفى الزرقا : محاضرات فى القانون المدني السورى ، القاهرة ١٩٥٤ .

ب - الشريعة الإسلامية :

- احمد ابراهيم : المعاملات الشرعية المالية ، القاهرة ١٩٣٦ .
- احمد ابراهيم : احكام التصرف من الغير بطريق النيابة - دروس للدكتوراه - القاهرة ١٩٤٠ - ١٩٤١ .
- احمد ابو الفتح : المعاملات فى الشريعة الاسلامية ، ج ٢ ، القاهرة (ب . ت .)
- الشاطبى (أبو اسحق ابراهيم بن موسى الفرناطى المالكي) :
الوافقات فى اصول الشريعة - ٤ اجزاء - القاهرة (المكتبة التجارية الكبرى) .
- شفيق شحاته : نظرية النيابة فى القانون الرومانى والشريعة الاسلامية ، مجلة العلوم القانونية والاقتصاد ، السنة الاولى (١٩٥٩) ، ص ٣٠٥ - ٣٦٢ .
- عبد الرزاق احمد السنهورى : مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ، ج ٥ ، القاهرة ١٩٥٨ .
- على الخفيف : احكام المعاملات الشرعية ، القاهرة ١٩٤١ .
- محمد ابو زهرة : الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الاسلامية . القاهرة ١٩٣٩ .
- محمد رضا عبد الجبار العانى : الوكالة فى الشريعة والقانون بغداد ١٩٧٥ .
- محمد مصطفى شلبى : نظام المعاملات فى الفقه الاسلامى الاسكندرية ١٩٥٥ .

- محمد يوسف موسى : الفقه الاسلامى ، مدخل لدراسته ونظام المعاملات فيه ، القاهرة ١٩٥٤ .
- وحيد الدين سوار : التعبير عن الإرادة فى الفقه الاسلامى ، القاهرة ١٩٦٠ .
- وهبة الزحلى : الفقه الاسلامى فى أسلوبه الجديد ، ج ٢ ، دمشق ١٩٦٨

فقه الحنفية :

- « البسوط » لشمس الأئمة الرخسى ج ١٩ (خصوصا ص ٢ - ١٦٠) .
- « حاشية ابن عابدين » المسماة « رد المختار على الدر المختار » بولاق سنة ١٣٢٥ ج ٤ (خصوصا ص ٤١٥ - ٤٣٦) .
- تكملة حاشية ابن عابدين المسماة « قرّة عيون الأخبار لتكملة رد المختار » (بولاق ١٣٢٦) ج ١ خصوصا ص ١٨٦ - ٢٨٣ .
- « الفتاوى الهندية » المسماة « بالفتاوى المالكية » ، بولاق سنة ١٣١٠ ، ج ٣ (خصوصا ص ٥٦٠ - ٦٤٤) .
- « تحفة الفقهاء » للسمرقندى ، ج ٢ ، دمشق ١٩٥٩ بتحقيق زكى عبد البر .
- « بدائع الصانع فى ترتيب الشرائع » للكاسانى ، مصر سنة ١٣٢٨ ، ج ٦ (خصوصا ص ١٩ ٣٩) .
- « شرح فتح القدير » للكمال بن الهمام ج ٦ خصوصا ص (١٠٠ - ١١٢) .
- تكملة شرح فتح القدير لقاضى زاده المسماة « نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار » - مطبوع مع المرجع السابق ، ذات المجلد (خصوصا ص ٢ - ١٣٦) .

فقه الشافعية :

- « منهاج الطالبين » للنووى (محبى الدين أبو زكريا يحيى بن شرف) ج ٢ طبعه باتافيا سنة ١٨٨٣ (مطبعة حكومة الهند الشرقية الهولندية) تحقيق المستشرق فان دن برج مع ترجمة النص العربى الى الفرنسية (خصوصا ص ٦٠ وما بعدها) .

- « نهاية المحتاج الى شرح النهاج » لابن الرملى ج ٤ (خصوصا ص ١١ - ٤٨) .
- « الفتاوى الكبرى للفقهاء » لابن حجر ج ٣ مصر (خصوصا ص ٨٣ - ٩٢) .
- فتاوى ابن الرملى - على هامش ابن حجر (المرجع السابق) ج ٢
- تحفة الحبيب على شرح الخطيب لسليمان البجيرمي وهى حاشية على الشرح المسمى بالافتاح فى حل الفاظ ابن شجاع (وبهامشها الشرح المذكور) مصر سنة ١٢٩٤ هـ ج ٣ (وخصوصا ص ١١٨ - ١٢٧) .
- الفرر البهية فى شرح البهجة الوردية للانصارى - مصر سنة ١٣٠٨ هـ ج ٣ (خصوصا ص ٨٣ - ٩٢) .

فقه المالكية :

- « المدونة الكبرى » للامام مالك ج ١٠ مصر سنة ١٩٢٣ (خصوصا ص ٧٥ - ٨٩) .
- « تحفة الحكام فى نكت العقود والأحكام » لابن عاصم وعليها شرح التسولى ، القاهرة .
- « شرح الخرشي على مختصر خليل » ج ٤ مصر سنة ١٣٢٦ وبهامشه حاشية العدوى (خصوصا ص ٢٨٤ - ٣٠٢) .
- « حاشية الدسوقي على الشرح الكبير » لـ محمد عرفه الدسوقي وبهامشه الشرح المذكور للرددير مع تقارير للشيخ عيش ج ٣ ، خصوصا ص ٣٧٧ - ٣٩٧) .

فقه الحنابلة :

- « الفنى » لابن قدامه وعليه الشرح الكبير ، ج ٥ مصر سنة ١٣٤٧ (مطبعة المنار) . (خصوصا ص ٢٠١ - ٢٧٠) .
- « منتهى الارادات » لتقى الدين محمد بن أحمد الفتوحى الحنبلى

المصري الشهير بابن النجار ، القسم الأول ، القاهرة ١٩٦١ بتحقيق
عبد القنى عبد الخالق (خصوصا ص ٤٤٣ - ٤٥٤) .

- شرح البهوتى على منتهى الارادات للفتوحى (بهامش كشف القناع)
خصوصا ص ١٦٤ - ١٩٦ .

- « كشف القناع عن متن الاقناع » لمنصور بن اديس - وهو شرح
على « الاقناع لطالب الانتفاع » للحجاوى - ج ٢ القاهرة سنة
١٣١٩ (خصوصا ص ٢٣١ - ٢٥٢) .

BIBLIOGRAPHIE

- Anson, William, *Principles of the English Law of Contract and of Agency in its Relation to Contract*, Oxford 1920 (spécialement, pp. 399-436).
- Arangio-Ruiz, Vincenzo, *Le Contrat de mandat en droit romain*, Revue « *Al Quanon wal Iktisad* » (Bulletin de la Faculté de Droit du Caire), XVII (1947), pp. 1-89.
- Arnaud, De la représentation, Thèse, Poitiers, 1870.
- Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV, Paris, 1871.
- Batiffol, *Les conflits des lois en matière de contrats*, Paris, 1938.
- Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, 1956.
- Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, Paris, 1959.
- Beauregard, V., *Du développement parallèle de la représentation dans les instances judiciaires et dans les actes juridiques*, Thèse, Paris, 1892.
- Belgesay, M. Resit, *Hukukî muamelelerde temsil*, Istanbul, 1941 (Cours de doctorat No. 3 de la Faculté de Droit de l'Université d'Istanbul).
- Birsén, Kemaleddin, *Borçlar Hukuku Dersleri*, t. I, Istanbul, 1944 (spécialement, PP. 130-157).
- Boland, E., *De la représentation dans les contrats*, Thèse, Liège, 1927.
- Bouquier, P., *Etude générale de la représentation dans les actes juridiques*, Thèse, Montpellier, 1899.
- Boyer, M., *Essai sur la représentation dans les actes juridiques*, Thèse, Toulouse, 1898.
- Bowstead, William, *A Digest of the Law of Agency*, 8th Edition. London, 1932.

- Bry, De la représentation de la personne dans les actes de la vie civile, Thèse, Poitiers, 1871.
- Jalais-Auloy, Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, Thèse, Montpellier, 1959.
- Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, 5ème édition, Paris, 1929.
- Carboni, M., Sul concetto di nuntius, nei « Scritti giuridici dedicati et offerti a Gianpietro Chironi », Vol. I, 1915, PP. 45-48.
- Carbonnier, J., Théorie des obligations, Paris, 1963.
- Carnelutti Francesco, Teoria generale del diritto, 2a edizione, Roma, 1946.
- Chahatah, Chfik, Le concept de la représentation en droit romain, Revue (Al Quanoun wal Iktisad », XV (1945), PP. 111-172.
- Cheshire and Fifoot, The Law of Contract, London, 1960.
- Chiati, Ahmed Zaki El, La formation du contrat et son interprétation dans le nouveau code civil égyptien, Revue « Al Quanoun wal Iktisad » XIX (1949), pp. 5-86.
- Chironi, G.P., La colpa nel diritto civile odierno — Colpa estracontrattuale, Vol. I, 1903.
- Chironi, G.P., Istituzioni di diritto civile italiano, Vol. I, 1912, (spécialement, pp. 187-190).
- Chironi, G.P., Del contratto con se medesimo, nei « Nuovi studi e questioni di diritto civile », 1922, pp. 247-264.
- Chironi, e Abello, Trattato di diritto civile, Vol. I, Torino, 1904 (spécialement pp. 411-430).
- Clarisse, Jean, De la représentation. Son rôle dans la création des obligations, Thèse, Lille, 1949.
- Cotter, On Contracts, 23rd Edition, Vols. I and II, London, 1968.
- Lin, Paul, De la détermination du mandat salarié (Mandat salarié et activé professionnelle), Thèse, Paris, 1931.
- Lin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, t. I, Paris, 1923.

- 'oppola, Andrew J., *Materials in the Law of Agency*, Totowa, N.J., 1975.
- orbesco, Dan, *De la représentation dans les actes juridiques et principalement dans les contrats*, Thèse, Paris, 1912.
- 'oumbaros, Nicolas, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, t. I, Paris, 1931.
- Corpus Juris* » being a complete and systematic statement of the whole Body of the Law, edited by William Mack and W.B. Hale, Vol. II, New York 1915 (spécialement V^e Agency, pp. 404-971).
- Corpus Juris Secundum* », Vols. 2A, 1972 and 3, 1973.
- 'ornil, Georges, *Droit romain*, Bruxelles, 1921.
- 'ug, Edouard, *Manuel des institutions juridiques des romains*, 2^{ème} édition, Paris, 1928.
- avid, René, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, 1950.
- relangle De La Ville Gaudin, *De la représentation en droit anglais (Agency)*, Thèse, Paris, 1923.
- iel Vecchio, *Philosophie du droit*, Paris, 1953.
- emoyue, René, *Traité des obligations en général*, t. I, Paris 1923 (spécialement pp. 173-253, Nos. 89-155 ter.).
- emogue, René, *Notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911.
- evlin, Patrick, *Fraudulent Misrepresentation : Division of Responsibility between Principal and Agent*, in the *Law Quarterly Review*, London, Vol. 53, 1937, pp. 344 et seq.
- idier-Pailhé, H., *De la représentation des capables en matières extrajudiciaires*, Thèse, 1872.
- onnedieu De Vabres, J., *Les actes de l'héritier apparent*, *Rev. Trim.*, 1940-41, pp. 385-403.
- uguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, Paris, 1927.
- uguit, *Le mandat du droit public et la théorie de l'organe*, *Rev. Générale de Droit*, 1902, pp. 231 et s.
- alque-Pierrotin, *Le mandat. Ses éléments constitutifs*. Thèse, Paris, 1933.

- Person, M., *Principles of Agency*, Brooklyn, 1954.
- Flattet, Guy, *Les contrats pour le compte d'autrui*, Paris, 1950.
- Foucault, E., *De la représentation dans le mandat et la gestion d'affaires (Droit romain). La vente avec déclaration de commande (Droit français)*, Thèse, Paris, 1893.
- Foulquié, Paul, *La volonté*, (Collection « Que sais-je ? »), Paris, 1951.
- Fuller, Lon L., *Legal Fictions*, Stanford University Press, Stanford, Cal., 1967.
- Funk, Fritz, *Commentaire du Code Fédéral des Obligations*, Traduction de l'allemand par Porret et Perregaux, Paris, 1930 (spécialement pp. 28-36).
- Geny, *Science et technique en droit privé positif*, 4 vols., Paris, 1914-1924.
- Giorgi, G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, 1909, Vol. III (spécialement pp. 369-378) et Vol. V.
- Girard, P.F., *Manuel élémentaire de droit romain*, 6ème édition, Paris, 1918.
- Gorla, Gino, *Il Contratto — Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, 2 Vols., Milano, 1955.
- Gouget, *Théorie générale du contrat avec soi-même*, Thèse, Caen, 1903.
- Graulich, Paul, *Principes de droit international privé*, Paris, 1961.
- Graziani, A., *Rappresentanza senza presentza*, Napoli, 1927.
- Groppail, Alessandro, *Le rôle de la volonté dans la formation des actes juridiques*, in *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, 10ème année, Paris, 1940, pp. 195-204.
- Gahl, Theo, *Le droit fédéral des obligations*, Traduction de l'allemand par René des Goutes, Zurich, 1947.
- Hanoteau, Ch., *De la représentation dans les divers actes juridiques en droit romain et en droit français*, Thèse, Paris, 1876.
- Holleaux, G., *La représentation réciproque des co-obligés solidaires*, Note sous Cass. Civ., 28 Février 1938 et 10 Novembre 1941, Dalloz, 1942/J1/99.

- Ihering, *Mesprit du droit romain*. Traduction de l'allemand par Meulonaer, t. IV, Paris, 1888.
- Jenks, *Digeste de droit civil anglais*, Traduction de l'anglais par Baumann et Goule, t. I, Paris, 1923 (spécialement pp. 38-46).
- Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. II, Paris, 1933.
- Julliot De la Morandière, *Précis de droit civil*, t. II, Paris, 1966.
- Laurent, *Principes de droit civil français*, t. 27, Bruxelles et Paris, 1878.
- Lazerges, Christine, *Les mandats tacites*, Rev. Trim., 1975, pp. 222-247.
- Léauté, Jacques, *Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence*. Rev. Trim., 1947, pp. 288-307.
- Lehr, Ernest, *Eléments droit civil anglais*, t. II, 1906 (spécialement pp. 256-269).
- Lerebours-Pigeonnière, *De prête-nom mandataire*, Thèse, Caen, 1897.
- Levy-Ulmann, *La contribution essentielle du droit anglais à la théorie générale de la représentation dans les actes juridiques*. Mémoires de l'Académie Internationale de Droit Comparé, t. I, 1928.
- Madray, G., *De la représentation en droit privé. — Théorie et pratique*, Thèse, Bordeaux, 1931.
- Magnin, Eugène, *De la représentation*, Thèse, Paris, 1899.
- Magno, Donato, *Locazione d'opere e mandato nel progetto italo-francese delle obbligazioni e dei contratti*. Rivista di diritto civile, 1929, pp. 209-285.
- Malvagna, Simone, *Sulla natura giuridica della rappresentanza*. Rivista di diritto civile, 1936, pp. 257-305.
- Martin De La Moutte, Jacques, *L'acte juridique unilatéral*, Thèse, Toulouse, Paris, 1951 (spécialement pp. 41-51).
- Marty, *Le mandat sans représentation*, Thèse, Montpellier, 1937.
- Marty et Reynaud, *Droit civil*, t. II, Vol. I (*Les obligations*), Paris, 1962.

- Maruitte, Maurice, La notion de gestion d'affaires. — Etude critique, Thèse, Paris, 1931.
- Mazeaud, H. et L., Traite théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t. I, Paris, 1934.
- Mazeaud, H.L., et J., Leçons de droit civil, t. I, 3ème éd., Paris, 1966.
- Mechem, Floyd R., Outlines of the Law of Agency, 4th Edition. Chicago, 1952.
- Messineo, Francesco, Dottrina generale del contratto, Milano, 1948 (spécialement pp. 137-171).
- Michoud, Léon, La théorie de la personnalité morale, t. I, Paris, 1932.
- Mirabelli. Commentario del codice civile, Libro IV, t. II, Torino 1961.
- Nicoleano, H., De la représentation indirecte, Thèse, Paris, 1912.
- Ogden, C.K., Bentham's Theory of Fictions, London, 1932.
- Oudinot, M., De la représentation imparfaite en droit français, Thèse, Paris, 1909.
- Pacchioni, G., Della gestione degli affari altrui, Padova, 1935.
- Pacchioni, G., Diritto civile italiano, parte seconda (diritto delle obbligazioni), Vol. II, Padova, 1939 (spécialement pp. 295-322).
- Perrot, Roger, De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques, Paris, 1953.
- Picard, Maurice, La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine, Rev. Trim., 1921, pp. 419-467 et 1922, pp. 5-34.
- Pilon, Eustache, Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations, Thèse, Caen, 1897.
- Planiol, Ripert et Boulanger, Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol, revu et complété par Georges Ripert avec le concours de Jean Boulanger, t. II, Paris, 1947.
- Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, 2ème édition. t. II (la famille) avec le concours d'André Rouast, Paris, 1952, t. VI (les obligations) avec le concours de Paul Esmein, Paris, 1952,

- Pollock's, *Principles of Contract*, 12th dition, by P.H. Chnierd, London, 1946.
- Popesco-Rammiceano, René, *De la représentation dans les actes juridiques en droit compare*, Thèse, Paris, 1927.
- Popesco-Rammiceano, René, *La représentation dans le projet du code des obligations élaboré par l'Union Législative entre Nations Alliées et Amies*, Bull. de la Société de Législation Comparée, t. 57, 1927-1928, pp. 190-205, (v. compte rendu dans la Rivista di Diritto Civile, 1928, p. 426).
- Popesco-Rammiceano, René, *Réflexion sur le problème de la représentation*, Rev. Critique, 1932, pp. 435-448.
- Pothier, *Oeuvres* édition Bugnet, t. V, Paris, 1861 (spécialement pp. 171 et s.).
- Pradines, Maurice, *Traité de psychologie générale*, t. II, Paris, 1948.
- Rabel, Ernst, *The Conflict of Laws, A Comparative Study*, I, Ann Arbor 1958, II, Ann Arbor 1960, III, Ann Arbor 1964.
- « Reestatement of the Law of Agency » as adopted and promulgated by the American Law Insitute, Washington, 1933, 2 Vols. ; 2nd Edition, Washington, 1958.
- Rigaux, F., *Le statut de la représentation, Etude de droit international privé comparé* (Bibliotheca Visseriana, t. XX), Leiden,
- Rouast, *La représentation dans les actes juridiques*, Cours de Doctorat, Paris, 1947-1948.
- Sallé De Lamarnière, *Le mandat irrévocable*, Rev. Trim., 1937, pp. 241-280.
- Saleilles, *Commentaire sur le titre de la représentation dans le code civil allemand*, Traduction du Code Civil Allemand publiée par le Comité de Législation Etrangère institué près le Ministère de la Justice avec le concours de la Société de Législation Etrangère, t. I, Paris, 1904, pp. 201-242.
- Saleilles, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code Civil pour l' empire allemand*, Paris, 1914.

- De Saussure, Claude, L'acte juridique fait sans pouvoirs de représentation. Etude de l'art. 38 Code des obligations, Lausanne, 1945.
- Savatier, René, Le prétendu principe de l'effet relatif du contrat. *Rev. Trim.*, 1954, pp. 525 et s.
- Savatier, René, Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui 3ème série, Paris, 1959 (spécialement pp. 30-61).
- Savigny, Le droit des obligations, traduction de l'allemand par Hippert, t. II, Paris, 1873 (spécialement pp. 93-146).
- Schmittot, C.M., Agency in International Trade : A Study in Comparative Law, Académie de Droit International, Recueil des Cours, t. 129 (1970 I), Leiden, 1971, pp. 107-203.
- Schneider et Fick, Commentaire du Code Fédéral des Obligations du 30 Mars 1911, Traduction de l'allemand, t. I, 1915 (spécialement pp. 81-93).
- Seavey, W.A., Studies in Agency, Chicago, 1949.
- De Semo, G., Istituzioni di diritto privato, Firenze, 1946 (spécialement pp. 183-185).
- Serge, G., Sull'inopposabilità al terzo di buona fide dei limiti ai poteri di rappresentanza non risultanti dal documento esibiti, *Foro*, 1921, pp. 71 e s.
- Stolfi, Giuseppe, La conclusione dei contratti per persona da dichiarare, *Rivista di diritto civile*, 1926, pp. 537-555.
- Stoljar, S.J., The Law of Agency, London, 1961.
- Sutton and Shannon, On Contracts, 3rd Edition, London, 1944.
- Tag El-Dine, Yahia, Le dol français et la misreprésentation anglaise, Paris, 1926.
- Tiffany, Agency, 2nd Edition, by Powell.
- Tissier, Note sous Cass. Civ., 15 Juin 1898, *Sirey* 99/1/209.
- Tropology, Commentaire du mandat, Paris, 1849 et Bruxelles, 1847.
- Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, t. IV, Paris, 1949, pp. 109-159.

- Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil (français),**
Années 1947-1948, Paris, 1949.
- Von Tuhr, Andreas,** *Partie Générale du Code Fédéral des Obligations. Traduction de l'allemand, Vol. I, Lausanne, 1929 (spécialement pp. 282-323).*
- Tunc, André,** *De l'application de la gestion d'affaires entre contractants, Note de jurisprudence, Dalloz, 1947/J/386.*
- Vallimaresco,** *Des actes juridiques avec soi-même, in Revue Trim. de Droit Civil, 1926, pp. 973 et s.*
- Viforeanu, Pierre C.,** *Contribution à l'étude du contrat dans le projet franco-italien et en droit comparé, Paris, 1932 (spécialement pp. 466-519).*
- Vivante, Cesare,** *Traité de droit commercial, Traduction de l'italien par Jean Escarra, t. I, Paris, 1910 (spécialement pp. 240-284).*
- Vivante, Cesare,** *Gli agenti di commercio e la conclusione dei contratti, Rivista di diritto commerciale, 1922, I, pp. 614 et s.*
- Weill, Alex,** *La relativité des conventions en droit privé français Paris, 1939.*
- Anonyme,** *Note de jurisprudence sous Chambre des Lords, 5 Mai 1923 (sur la théorie de la représentation « Agency » en droit anglais), Revue de Droit Maritime Comparé, 1923/3/120.*
- Anonyme,** *Note de jurisprudence sous Cass. (italienne), 8 Juillet 1929 (Contratto fatto dal mediatore), Rivista di diritto civile, 1929, pp. 400-402.*

فهرس

صفحة

٥	• • • • •	تصدير الطبعة الثالثة
	• • • • •	هــــــــ
٧	• • • • •	مدلول تعبير « النيابة »
٩	• • • • •	حدائة العهد بالنظرية العامة للنيابة
١٣	• • • • •	انتفاء النيابة فى القانون الرومانى
١٥	• • • • •	تحديد نطاق البحث
٢١	• • • • •	المعالم البارزة فى الموضوع
٢٣	• • • • •	خطة البحث

الكتاب الأول

طبيعة النيابة

٣١	• • • • •	الباب الأول - فى عناصر الإرادة فى النيابة
٣٤	• • • • •	تحليل الإرادة التعاقدية الى عناصرها
٣٩	• • • • •	الفصل الأول - الأهلية
٤١	• • • • •	عند النائب
٤٧	• • • • •	عند الأصيل
٤٩	• • • • •	الفصل الثانى : عيوب الإرادة
٤٩	• • • • •	عند النائب
٥١	• • • • •	عند الأصيل
٥٨	• • • • •	الفصل الثالث : الظروف الخاصة المتعلقة بالإرادة
٦٩	• • • • •	الباب الثانى : فى الطبيعة القانونية للنيابة

٧٠	• • •	الفصل الأول : النظريات المقترحة لبيان طبيعة النيابة
٧١	• • • • •	المبحث الأول : نظرية الافتراض
٧٢	• • • • •	نقدنا
٧٦	• •	المبحث الثاني : النظريات القائمة على الإرادة
٧٧	• • •	القسم الأول - نظرية إرادة الأصل
٧٩	• • • • •	نقدنا
٨٢		القسم الثاني ، النظريات القائمة على إرادة النائب
٨٣	• • • • •	نظرية إيبيرنج - عرض ونقد
٨٤	• • • • •	نظرية بيلون - عرض ونقد
٨٧	• • • • •	نظرية ليفي - أولمان - عرض ونقد
٩١	• • • • •	نظرية صافاتييه - عرض ونقد
٩٣	• • •	القسم الثالث : نظرية اشتراك الإرادتين
٩٤	• • • • •	عرض النظرية
٩٦	• • • • •	نقد النظرية
١٠٨	• • •	صيفتان جديدتان للنظرية - تقديمنا
١١٤	• • •	المبحث الثالث : نظرية القانون الوضعي
١١٥	• • • • •	عرض النظرية
١١٧	• • • • •	نقد النظرية
١١٩	• • • • •	صيغة جديدة للنظرية - تقديمنا
١٢٤	• • •	الفصل الثاني : نتيجة البحث في طبيعة النيابة
١٢٤	• • • • •	استعراض النظريات المختلفة
١٢٥	• • • • •	استبعاد ما عدا نظرية إرادة النائب
١٢٧	• • • • •	نقص تلك النظرية
		محاولة اكمالها على ضوء الوظيفة الاجتماعية للتصرف
١٢٨	• • • • •	القانوني
١٣١		تطبيق الفكرة المتقدمة على الأحكام الوضعية للنيابة

الكتاب الثاني

أحكام النيابة

الباب الأول : في نشأة النيابة ومداها

١٤٤	• • • • •	الفصل الأول : الإنابة
-----	-----------	------------------------------

١٤٥	النيابة الاختيارية والنيابة الضرورية
١٤٧	ماهية النيابة
١٤٩	التفرقة بين النيابة والوكالة
١٥١	أمثلة على وكالة بلا اناة و اناة بلا وكالة
١٥٣	خطا الالتجاء لفكرة الوكالة الضمنية
١٦١	الانابة الداخلية والانابة الخارجية
١٦٥	استقلال الانابة عن التصرف الذى ترتبط به
١٧١	شكل الانابة
١٨٠	الانابة الضمنية
١٩٠	الانابة الناشئة عن وضع يشغله النائب

١٩٦	الفصل الثانى : مدى النيابة
٢٠٠	أوجه تقييد مكنة النائب
	مدى النيابة عن الشخص المعنوى - تمييز النائب
٢٠٢	عن العضو
٢٠٤	قواعد تفسير الانابة
٢١٣	تعدد النواب
٢١٦	انابة النائب غيره
٢٢٥	تعاقد النائب مع نفسه
٢٣٣	تعاقد النائب مع نفسه فى الشريعة الاسلامية
٢٣٧	أحوال نفاذ التصرف رغم خروجه عن حدود النيابة
٢٣٧	الاقسار
٢٤١	كون التصرف نافعا للأصيل
٢٤٣	وجود نيابة ظاهرة (احوال)
٢٤٣	قيمة تعليمات الأصيل الى نائبه
٢٤٧	جزاء تجاوز حدود النيابة
٢٤٩	مسئولية النائب قبل الغير ب أساسها
٢٤٩	الخطا التقصيرى
٢٥٠	فكرة « الخطأ عند تكوين العقد »
٢٥٤	التمهيد عن الغير
٢٥٦	الزام النائب أحكام العقد
٢٥٩	الفصل الثالث : الانابة الظاهرة
٢٦٠	أحكام القضاء

٢٦٩	النصوص التشريعية
٢٨٠	أساس الانابة الظاهرة
٢٨٩	الباب الثاني : في اثر النيابة
٢٩١	ضرورة العلم بوجود النيابة
٢٩٤	العلم الحقيقي والعلم المفترض
٣٠٦	الفصل الأول : اثر النيابة بالنسبة للأصيل
٣٠٦	انصراف آثار التصرف رأساً الى الأصيل
٣٠٨	في الشريعة الاسلامية
٣٢٤	في القانون الانجليزى
٣٣٢	مسئولية الأصيل عن خطأ النائب
	خروجها عن نطاق النيابة
٣٣٩	الفصل الثانى : اثر النيابة بالنسبة للنائب
٣٣٩	بقاء النائب بمعزل عن آثار التصرف
٣٤١	النيابة والاشتراط لمصلحة الغير
٣٤٢	النيابة والتضامن السلبى
٣٤٥	النيابة والانابة فى الوفاء
٣٤٦	مسئولية النائب قبل الغير (إحالة)
٣٤٧	الفصل الثالث : اثر النيابة بالنسبة للغير
٣٤٩	الباب الثالث : فى انقضاء النيابة
	الفصل الأول : أسباب انقضاء النيابة بحكم القانون
٣٥٢	أسباب متعلقة بشخص الأصيل
٣٥٢	١ - موت الأصيل
	استمرار النيابة رغم موت الأصيل - اختلاف
٣٥٤	التشريعات فى هذا الشأن
٣٥٦	حكم القانون المصرى
٣٥٦	اتجاه القضاء قبل صدور التقنين الحالى
٣٥٧	حكم الشريعة الاسلامية
٣٥٩	اتجاه القضاء نحو التخفيف من عبء الأدبآت

٣٦٠	٢ - فقد أهلية الأصل أو نقصها
٣٦١	٣ - افلاس الأصل
٣٦٢	أسباب متعلقة بشخص النائب
٣٦٣	الفصل الثاني : الأسباب الاختيارية لانقضاء النيابة
٣٦٤	١ - العزل
٣٦٤	حماية الغير حسن النية
٣٦٥	حكم الشريعة الإسلامية في ذلك
٣٦٦	تعلق حق النائب أو الغير بالنيابة
٣٦٧	« الوكالة الدورية » في الشريعة
٣٦٩	العزل الضمني
٣٧١	العزل في النيابة القانونية
٣٧٢	٢ - نزول النائب عن النيابة الاتفاقية
٣٧٤	نزول النائب عن النيابة القانونية

٣٧٥	الباب الرابع - في تنازع القوانين في النيابة
٣٧٦	اعتبارات عامة
٣٧٨	صور تجاوز علاقة النيابة حدود الدولة الواحدة
٣٨٠	أهمية حل تنازع القوانين بشأن النيابة - أمثلة
٣٨٢	تحديد المقصود بعلاقة النيابة في تنازع القوانين
٣٨٦	الحاجة الى قاعدة استناد خاصة بالنيابة

	الفصل الأول : الحلول المقترحة لتنازع القوانين في علاقات
٣٩٣	النيابة
	المبحث الأول : حلول تنازع القوانين في النيابة
٣٩٥	الضرورية
	المبحث الثاني : حلول تنازع القوانين في النيابة
٣٩٨	الاختيارية

٤٠٨	الفصل الثاني : قاعدة استناد علاقات النيابة الضرورية
٤٠٩	تطبيق قانون الأصل
٤١٠	استثناء - تطبيق قانون النائب
٤١٢	تبرير الاستناد الى قانون العلاقة الداخلية
٤١٣	تطبيق قانون الإرادة ؟

٤١٤	• • • • • حالة الفضالة
٤١٦	• • • • • صياغة قاعدة اسناد النيابة الضرورية
٤١٨	الفصل الثالث : قاعدة اسناد علاقات النيابة الاختيارية
٤١٨	• • • • • تطبيق قانون الارادة
٤٢٠	• • • • • هل للنائب دور في تحديد قانون الارادة ؟
٤٢٢	الحلول المقترحة عند تخلف قانون الارادة - نقدها
	تطبيق قانون مكان التعاقد - عدم كفاية هذا
٤٢٨	• • • • • المكان كضابط اسناد وحيد
	حالة النيابة الظاهرة والمستمدة من وضع يشغله
٤٣٠	• • • • • النائب
٤٣١	• • • • • صياغة قاعدة اسناد النيابة الاختيارية
	قواعد لاهاي الجديدة (سنة ١٩٧٧) بشأن اسناد
٤٣٢	• • • • • النيابة الاختيارية
٤٣٩	• • • • • خاتمة
	ملحق بالنصوص العامة المتعلقة بالنيابة في مختلف
٤٤٥	• • • • • التقنيات
٤٧٢	• • • • • ثبت المراجع العربية والأجنبية



الكتاب لا يستبدل

رقم الايداع بدار الكتب ٣١٩٤ / ١٩٨٠

ISBN ٩٧٧ ٢٠١ ٨٥٢ ٧

مطبع الهيئة للصورية العامة للكتاب

٣٣٥ قرشاً